

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACTORES DEL  
CONFLICTO POR CRÍMENES  
INTERNACIONALES EN LOS PROCESOS DE  
JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Cástulo Fernando Cisneros Trujillo

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el  
grado de Doctor en Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Director:

Carlos Ramón Fernández Liesa

Tutor:

Carlos Ramón Fernández Liesa

[Mes de la defensa de tesis]

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



A Mis Padres Cástulo y Elizabeth, a mi hermano Sebastián y mi esposa Carolina.

## AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mis agradecimientos a quienes me han acompañado en este proceso. En primer lugar a mi padre Cástulo, madre Elizabeth y hermano Sebastián quienes con amor, apoyo y ante todo sus consejos y aliento han estado a mi lado en todo este proceso académico.

A mi esposa Carolina Reina, por su amor, compañía, comprensión, aportes y apreciaciones, que con dedicación y tiempo se permitió emitir para hacer posible este escrito.

A los profesores de la Universidad Carlos III de Madrid, en especial a Carlos Fernández Liesa y Félix Vacas Fernández por sus orientaciones y consejos en el desarrollo de la presente investigación.

A la Familia Pavón Rosero y a Ismael Aguado, por su cariño y amistad. Fueron mi familia en Madrid.

A Enrique y Diana Miramón, por los espacios de esparcimiento y amistad, que me permitieron olvidar por momentos lo complejo que es este camino.

A mis amigos y compañeros del Doctorado, Juan David Barragán, Luis Felipe Guzmán, Sergio Fernández, Juan David Ubajoa, Angelica Anichiarico, Luis Corona, Juan José Janampa y Mauricio Madrigal, con quienes tuvimos la oportunidad de compartir muchos momentos de discusión académica y diversión en esta travesía.

## CONTENIDOS PUBLICADOS Y PRESENTADOS

CISNEROS TRUJILLO, C. *La responsabilidad extracontractual del Estado en procesos de justicia transicional por vulneración a los derechos de la verdad, justicia y reparación de las víctimas*. Trabajo de fin de Master para optar al título de Master en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Civil Contractual, extracontractual y del Estado, dirigido por Juan Pablo Hinestrosa, defendido el 2 de mayo de 2016 en la Universidad Externado de Colombia. Utilizado parcialmente en el Capítulo I y II. Todo material de esta fuente incluido en la tesis está señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

CISNEROS TRUJILLO, C. *Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en los procesos de justicia transicional en Colombia*. Trabajo de fin de Master para optar al título de Master en Derecho Público en la Universidad Carlos III, dirigido por Félix Vacas Fernández, presentado el 30 de enero y defendido el 22 de febrero de 2018 en la Universidad Carlos III de Madrid. Utilizado parcialmente en el Capítulo II, IV y V. Todo material de esta fuente incluido en la tesis está señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

CISNEROS TRUJILLO, C. “El rol y los derechos de las víctimas del terrorismo en España” en *La Ley Penal*, N° 133, julio-agosto 2018. Editorial Wolters Kluwer. Utilizado parcialmente en el Capítulo II. Todo material de esta fuente incluido en la tesis está señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

CISNEROS TRUJILLO, C. “Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional en Colombia” en *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 12, n° 2. 2018, pp. 1-32. Utilizado parcialmente en el Capítulo II, IV y V. Todo material de esta fuente incluido en la tesis está señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

CISNEROS TRUJILLO, C. “La prohibición de tratos inhumanos y degradantes en las detenciones policiales o de agentes del Estado en España”. En *Revista Derecho del Estado*. No. 44 (ago. 2019), pp. 161-193. DOI:<https://doi.org/10.18601/01229893.n44.07>. Utilizado parcialmente en el Capítulo I. Todo material de esta fuente incluido en la tesis está señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

### **Resumen:**

Colombia ha padecido un conflicto armado interno, el cual ha generado múltiples consecuencias, principalmente en lo que tiene que ver con graves violaciones a los Derechos Humanos, lo que ha llevado a centrar esfuerzos en construir un entramado normativo, consagrando atributos en favor de las víctimas. Ese punto permite entender que los crímenes internacionales, es decir, el genocidio, el delito de lesa humanidad y los crímenes de guerra deben ser investigados y si es del caso sancionados, concentrando la capacidad estatal en los máximos responsables.

Esa es la forma como se han establecido los enjuiciamientos en la justicia transicional en Colombia, a partir del Marco Jurídico para la Paz, disposición normativa que complementado con el desarrollo del Acuerdo Final suscrito con las FARC-EP y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se constituyen en la regulación que deberá la JEP tener en cuenta al interior de sus procesos.

Ahora bien, para endilgarle responsabilidad a los actores del conflicto, la justicia transicional genera la posibilidad de establecer unos criterios de imputación diferentes a aquellos que se emplean en la justicia ordinaria, en el entendido que se requiere mayor flexibilidad, sin dejar de lado los compromisos internacionales. Para ello se puede acudir a figuras como la autoría, la participación o la responsabilidad del superior por omisión. Lo relevante es que la legitimidad de la JEP dependerá en gran medida de la seriedad con que adelanten los juicios, la aplicación del principio de culpabilidad y el rigor con que se apliquen los elementos de cada una de las modalidades de imputación.

**Palabras clave:** Conflicto armado, víctimas, justicia, crímenes internacionales, genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra, autoría, participación, responsabilidad del superior por omisión

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
BACRIM	Bandas Criminales
CADH	Carta Americana de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNMH	Centro Nacional de Memoria Histórica
CPI	Corte Penal Internacional
DD.HH	Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ELN	Ejército de Liberación Nacional
EPL	Ejército Popular de Liberación
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
NNA	Niñas, Niños y Adolescentes
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
RUV	Registro Único de Víctimas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

## Índice

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>13</b>
<b>PRIMERA PARTE .....</b>	<b>22</b>
<b>EL CONFLICTO ARMADO Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA</b>	<b>22</b>
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>22</b>
<b>EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO.....</b>	<b>22</b>
<b>1.- Evolución histórica del conflicto armado colombiano.....</b>	<b>24</b>
1.1.- De la violencia bipartidista a la subversiva y paramilitar (1957 – 1982).....	30
1.2.- El recrudecimiento del conflicto armado colombiano (1982 – 2000).....	34
1.3.- La desmovilización y transformación de las AUC y la negociación con las FARC – EP (2000 – 2019).....	42
<b>2.- Los factores del conflicto armado colombiano.....</b>	<b>49</b>
2.1.- Factores políticos e institucionales.....	51
2.2.- El narcotráfico como un factor y detonante del conflicto .....	56
2.3.- Factores sociológico y económicos.....	61
<b>3.- Los actores del conflicto armado en Colombia .....</b>	<b>64</b>
3.1.- El Estado y la fuerza pública.....	65
3.2.- Los grupos guerrilleros.....	69
3.2.1.- Las Fuerzas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) .....	70
3.2.2.- El Ejército de Liberación Nacional (ELN) .....	74
3.3.- Los grupos paramilitares .....	77
<b>4.- La naturaleza del conflicto armado colombiano.....</b>	<b>82</b>
4.1.- La calificación de la confrontación colombiana como un conflicto armado no internacional. ....	83
4.2.- Consideraciones sobre la aplicación del DIH en el conflicto colombiano.....	93
4.3.- La utilización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el conflicto colombiano .....	101
<b>CAPITULO II .....</b>	<b>112</b>
<b>LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA.....</b>	<b>112</b>
<b>1.- Planteamiento inicial. ....</b>	<b>113</b>
<b>2.- La justicia transicional contiene un núcleo de derechos mínimos inquebrantables .....</b>	<b>120</b>
2.1.- Verdad .....	125



2.2.- Justicia.....	131
2.3.- Reparación.....	137
2.4.- Garantías de no repetición.....	145
<b>3.-Cuál es el objeto y qué justifica la justicia transicional en el Caso Colombiano.</b> .....	<b>146</b>
3.1.- Los procesos de paz sin responsabilidad de los actores. ....	152
3.2.- Los procesos de paz con responsabilidad de los actores.....	156
3.2.1.- El Proceso de Justicia y Paz. ....	157
3.2.2.- El Marco Jurídico para la Paz.....	166
3.2.3.- La Justicia Especial para la Paz.....	170
3.3.- El concepto de víctima en los procesos de justicia transicional en Colombia. ...	181
3.4.- Especial referencia al derecho a la justicia en Colombia.....	186
3.4.1.- Participación de la víctima en procesos judiciales .....	188
3.4.2.- Beneficios punitivos: Amnistías, indultos y tratamientos penales especiales .....	191
3.4.3.- Criterios de priorización y selección .....	199
3.4.4.- Tratamiento diferenciado entre miembros de la Fuerza Pública y las FARC- EP.....	211
<b>SEGUNDA PARTE .....</b>	<b>214</b>
<b>LA RESPONSABILIDAD POR CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE COLOMBIA .....</b>	<b>214</b>
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>214</b>
<b>LOS CRIMENES INTERNACIONALES COMO CONDUCTAS SUJETAS DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN .....</b>	<b>214</b>
<b>1.- Planteamiento inicial. ....</b>	<b>214</b>
<b>2.- Los Crímenes de Derecho Internacional.....</b>	<b>220</b>
2.1.- Los Crímenes de guerra.....	228
2.1.1.- Concepto.....	228
2.1.2.- Elementos esenciales. ....	232
2.1.3.- Los crímenes de guerra en el derecho interno colombiano .....	236
2.2.- El Genocidio.....	240
2.2.1.- Concepto.....	240
2.2.2.- Elementos esenciales. ....	244
2.2.3.- El crimen de genocidio en el derecho interno colombiano .....	249
2.3.- Los Crímenes contra la humanidad.....	254
2.3.1.- Concepto.....	254
2.3.2.- Elementos esenciales.....	260
2.3.3.- Los crímenes contra la humanidad en el derecho interno colombiano.....	266

<b>3.- Descripción de los actos violentos desarrollados por los actores en el conflicto armado colombiano.....</b>	<b>271</b>
3.1.- Vulneraciones al derecho a la vida: Asesinatos selectivos, masacres y ejecuciones extrajudiciales.....	273
3.1.1.- Asesinatos selectivos.....	273
3.1.2.- Masacres y ejecuciones extrajudiciales.....	274
3.2.- Vulneraciones contra la libertad individual: Desaparición forzada, secuestros, y reclutamiento ilícito.....	278
3.2.1.- Desaparición forzada.....	278
3.2.2.- Secuestros.....	280
3.2.3.- Reclutamiento ilícito.....	283
3.3.- El Desplazamiento forzado como infracción a la autonomía personal.....	285
3.4.- Trásgresiones a otros derechos mediante distintas acciones delictivas.....	290
3.4.1.- Violencia sexual.....	290
3.4.2.- Utilización de minas antipersona, actos terroristas y artefactos explosivos.....	293
<b>CAPITULO IV.....</b>	<b>296</b>
<b>LA RESPONSABILIDAD DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA.....</b>	<b>296</b>
<b>1.- Planteamiento inicial.....</b>	<b>298</b>
<b>2.- El concepto de máximos responsables.....</b>	<b>300</b>
<b>3.- Modalidades básicas de intervención punible.....</b>	<b>307</b>
<b>4.- La Autoría.....</b>	<b>310</b>
4.1.- La Comisión individual: Autor directo o inmediato.....	312
4.2.- Comisión conjunta de crímenes internacionales.....	314
4.2.1- La Teoría de la empresa criminal conjunta.....	315
4.2.2.- Teoría del dominio funcional del hecho.....	321
4.2.3- Autoría mediata.....	327
4.2.3.1.- La Autoría mediata en el Derecho Penal Internacional.....	329
4.2.3.2- La Autoría mediata en el Derecho Colombiano.....	333
4.2.4.- Coautoría directa.....	338
4.2.4.1- La Coautoría directa en el Derecho Penal Internacional.....	341
4.2.4.2- La Coautoría directa en el Derecho Colombiano.....	343
4.2.5.- La Coautoría mediata: Concepto desarrollado en el Derecho Penal Internacional.....	346
<b>5.- La Participación como título de imputación de la responsabilidad.....</b>	<b>351</b>
5.1.- Ordenar.....	353
5.2.- Inducir.....	355

5.3.- Planear.....	358
5.4.- Facilitación en el crimen mediante complicidad, encubrimiento y colaboración .....	359
5.5.- Contribución al plan común de un grupo.....	361
5.6.- La participación en el Derecho Colombiano.....	364
<b>CAPITULO V .....</b>	<b>369</b>
<b>LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL SUPERIOR POR CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA.....</b>	<b>369</b>
<b>1.- La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional .....</b>	<b>370</b>
<b>2.- Origen y positivación de la responsabilidad del superior en los instrumentos internacionales.....</b>	<b>372</b>
2.1.- La responsabilidad penal del superior hasta la Segunda Guerra Mundial. ....	372
2.2.- La positivación de la responsabilidad penal del superior con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.....	374
2.3.- La responsabilidad del superior en la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda .....	381
2.4.- La responsabilidad del superior en el ECPI. ....	384
<b>3.- Elementos de la responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional. ....</b>	<b>387</b>
3.1.- El sujeto activo: la determinación de superior del responsable. ....	389
3.1.1.- Los jefes militares de iure y los jefes militares de facto.....	391
3.1.2.- Los superiores civiles .....	393
3.2.- El fundamento de la responsabilidad del superior .....	394
3.2.1.- Control efectivo y autoridad o ejercicio de mando.....	398
3.2.2.- Relación de causalidad e imputación del resultado.....	403
3.3.- El título de intervención del superior. ....	405
3.3.1.- Infracción de un deber de prevenir. ....	409
3.3.2.- Infracción de un deber de reprimir. ....	412
3.3.3.- Infracción al deber de denunciar .....	415
3.4.- El conocimiento e intención como elemento subjetivo de la responsabilidad del superior. ....	417
3.4.1.- El superior tenía conocimiento de los crímenes .....	420
3.4.2.- El superior hubiere debido saber o tenía razones para saber de los crímenes .....	423
3.4.3.- El superior hubiere hecho caso omiso de la información de los crímenes ...	427
<b>4.- La aplicación de la responsabilidad del superior por omisión en el Derecho Colombiano.....</b>	<b>428</b>

<b>5.- Responsabilidad del superior por omisión ante la JEP.....</b>	<b>434</b>
5.1.- Superiores ante la JEP .....	439
5.2.- Elementos Objetivos .....	440
5.2.1.- Posición del superior o poder de mando.....	441
5.2.2.- Autoridad y control efectivo.....	441
5.2.3.- Medios al alcance para prevenir, sancionar o remitir a las autoridades competentes.....	445
5.2.4.- Carencia de referencia al vínculo de causalidad.....	448
5.3.- Elemento Subjetivo. El conocimiento y voluntad del Superior .....	449
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>452</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>459</b>
<b>Referencias Bibliográficas .....</b>	<b>459</b>
Monografías.....	459
Contribuciones en obras colectivas .....	484
<b>Referencias Documentales.....</b>	<b>496</b>
<b>Jurisprudencia Internacional.....</b>	<b>496</b>
Jurisprudencia de la CIDH .....	496
Jurisprudencia del TPIY .....	498
Jurisprudencia TESL .....	503
Jurisprudencia de la CPI.....	503
Informes y documentos de la CPI.....	505
Jurisprudencia del TEDH .....	505
<b>Jurisprudencia Nacional.....</b>	<b>506</b>
Jurisprudencia Corte Constitucional.....	506
Jurisprudencia del Consejo de Estado .....	513
Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.....	513
Jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz .....	518
Jurisprudencia JEP.....	518
<b>Documentos Congreso de la República .....</b>	<b>518</b>
<b>Documentos Fiscalía General de la Nación.....</b>	<b>520</b>
<b>Documentos ONU.....</b>	<b>520</b>
<b>Documentos Comisión IDH.....</b>	<b>523</b>
<b>Otros Documentos .....</b>	<b>524</b>

## INTRODUCCIÓN

Los conflictos donde se han dado graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario han permitido el análisis de las herramientas que se adoptan con el propósito de superar estas situaciones, y el caso colombiano no ha sido la excepción.

Sin lugar a dudas, la excepcionalidad de los hechos acontecidos en Colombia permite verificar y denotar circunstancias complejas, debido a la multiplicidad de factores sociales, políticos y jurídicos que admiten un estudio a profundidad.

Justamente, Colombia ha padecido durante más de cinco décadas un conflicto armado interno que ha causado millones de víctimas, cuya más grave consecuencia es el deterioro de la confianza de los ciudadanos en las instituciones del Estado y la impunidad, afectando seriamente los derechos de las víctimas y la posibilidad que los brotes de violencia se mantengan latentes.

Si bien en el pasado se negó su presencia, reduciéndolo a actos de violencia causados por el terrorismo o el narcotráfico, el Estado actualmente admite la existencia de una contienda armada en su regulación, políticas públicas y jurisprudencia.

La confrontación bélica colombiana es una de las más prolongadas en la historia del mundo y ha tenido una evolución diferente en cada uno de los periodos cronológicos de su desarrollo, pudiéndose constatar que en sus inicios fue un conflicto con características de guerra civil, cuyo impacto no era del todo profundo, y que con el pasar de los años ha generado graves violaciones a los Derechos Humanos y al DIH, cumpliendo con los requerimientos de un conflicto armado interno, circunstancia que ya ha sido reconocida política, social y jurídicamente.

En el marco del conflicto armado colombiano se han presentado actores legales e ilegales. Dentro de los legales, el Estado por medio de la Fuerza Pública ha procurado sostener la remetida bélica, no obstante se ha visto envuelta en violaciones de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, como es el caso de los “falsos positivos”.

Por su parte, los actores ilegales son los grupos guerrilleros y paramilitares, quienes desplegaron actos atroces y violentos en diferentes sectores del país, fundamentalmente para demostrar poder, apropiarse de las tierras, atraer a la población civil como ayudantes e

involucrarse en las instituciones del Estado ya sea mediante la participación en política, o intentando destruir la representación del Estado.

Por su parte, las modalidades de violencia que se han desplegado en el marco del conflicto armado colombiano denotan una degradación total de la confrontación, donde se han vulnerado todo tipo de derechos y fundamentalmente a la población civil, por ello se pueden encontrar datos que demuestran cifras incalculables del número de víctimas.

Para superar estas condiciones de violencia y en procura de lograr una Paz como derecho y deber contenido en la Constitución Política, los últimos gobiernos han formulado procesos de justicia transicional, cuyo objetivo ha sido restablecer o afianzar un Estado democrático de derecho, pero siempre se han generado tensiones entre diferentes derechos y mecanismos que se utilizan para lograr una paz estable y duradera, que implican cambios importantes en la institucionalidad y normativa.

Esta situación no ha sido esquivada para el caso de Colombia, puesto que el propósito es lograr un distanciamiento del pasado, por medio de diferentes herramientas y cambios políticos radicales que logren y permitan los objetivos de justicia, responsabilidad y reconciliación.

Actualmente, los Derechos Humanos constituyen en Colombia normas jurídicas obligatorias que vinculan a los organismos estatales y a los particulares, lo que no acontecía con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, así como en el Derecho Internacional, donde las mismas carecían en la práctica de una eficacia jurídica, motivo por el cual los jueces no aplicaban los pactos relativos a estos temas.

El Estado Colombiano ha adelantado diferentes procesos de justicia transicional a lo largo de las últimas décadas, sin embargo las transiciones implican en cierto modo desconocer derechos de las víctimas, y también principios propios del Estado de Derecho, esto sucede por ejemplo cuando se otorgan beneficios punitivos a los actores armados, o una exención total o parcial de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que han causado.

Esta situación ha promovido una mayor actividad por parte del Estado, puesto que debe prevenir e investigar las violaciones a los derechos humanos, identificando a quienes se los considere como responsables e imponiendo las sanciones correspondientes, y asegurándole a las víctimas una adecuada reparación, conforme a lo consagrado en el

ordenamiento jurídico internacional, principalmente suscitado por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde se han tramitado innumerables denuncias, las cuales han finalizado en condenas de la CIDH al Estado colombiano.

Hay que destacar que actualmente la normatividad establece que los crímenes de Derecho Internacional pueden ser sancionados por la CPI, incluso el delito de terrorismo, cuando sean desarrollados por una parte contricante de un conflicto armado interno por infracciones al DIH o por una violación sistemática y organizada los Derechos Humanos.

El ECPI fue ratificado por Colombia, y el principio de complementariedad permite considerar la existencia de una eventual intervención en lo de su competencia, cuando se logre evidenciar el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado.

Es en este punto donde la responsabilidad de los actores en el conflicto armado colombiano se constituye en un tema fundamental en el desarrollo de la justicia transicional adoptada para ese país, así como un mecanismo que permite avanzar hacia una paz estable y duradera.

Sin lugar a dudas, si no existe enjuiciamientos y sanciones para quienes han cometido las más graves violaciones a los Derechos Humanos y el DIH, la eventualidad que sucedan hechos violentos de manera repetitiva estará presente.

Actualmente, resulta incuestionable que quienes han ejecutado crímenes internacionales deban ser sancionados. No obstante, la presencia de acuerdos de paz hace que estas medidas deban ser flexibilizadas en procura de materializarlos, sin que ello implique promover la impunidad.

Bajo ese entendido, el Estado concentra el cumplimiento de la obligación fundamentalmente en ciertos hechos o conductas, y en ciertos actores, empleando herramientas que permitan generar mayores resultados en las investigaciones, con conceptos que han sido desarrollados fundamentalmente en el Derecho Penal Internacional.

No obstante, en la práctica la demora en la resolución de los casos y asuntos, la cual en algunos casos se encuentra injustificada, ha generado zozobra y desconfianza por parte de la sociedad en general, desprotegiendo a las víctimas y perpetuando condiciones que permitirán la permanencia del conflicto, fundamentalmente cuando no se ha juzgado a quienes cometieron vulneraciones, consintiendo que las mismas puedan persistir en el tiempo.

El objeto que se pretende analizar con la presente tesis doctoral, corresponde a las modalidades por las cuales se puede imputar la comisión de los crímenes internacionales, a los responsables de los mismos en el entorno del conflicto interno colombiano, fundamentalmente en los enjuiciamientos promovidos en el marco de la justicia transicional.

Para ello, se requiere verificar las circunstancias que llevaron o dieron lugar a la presencia del conflicto armado, los procesos de paz que se han celebrado, así como la forma en que el Derecho Internacional ha intervenido en aquellos casos donde se ha evidenciado la comisión de delitos, considerados por dicha regulación como los más graves.

En el trabajo de investigación previo a la presente Tesis, se estudió la responsabilidad del Estado colombiano por la vulneración de los derechos de las víctimas en procesos de justicia transicional.

Posteriormente, en otro, se exploró lo relacionado a los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional en Colombia, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la CIDH y la posición del Estado en procura de satisfacer estos requerimientos.

La Tesis, por su parte, continuará con las anteriores investigaciones, tomando como base lo relacionado con el objeto y qué justifica la justicia transicional para el caso colombiano, y centrándose en la imputación de los crímenes internacionales a los actores del conflicto, al considerarse como un aspecto que la regulación y jurisprudencia debe desarrollar conforme a la satisfacción de las necesidades de las víctimas, en procura de evitar que se perpetúen en el tiempo y se produzcan los correctivos sociales que permitan superar las condiciones que han generado violaciones a los Derechos Humanos.

Bajo esta óptica, se ha averiguado y estudiado lo relacionado con la justicia transicional, en primer lugar porque se constituye en un tema de actualidad en el mundo jurídico de Colombia, a tratarse de un esquema que adopta ideas y conceptos desarrollados en múltiples lugares del mundo, en presencia de nuevos actores en el Derecho Internacional como es la CPI, y la influencia que en los últimos años ha tenido la CIDH en los Estados, desarrollando el principio de convencionalidad, entendida como aquel instrumento que



permite a los Estados puntualizar la obligación de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia<sup>1</sup>.

Por estas circunstancias, las distintas modalidades de imputación a los actores de crímenes internacionales que se analizan en la presente Tesis, permitirán el cumplimiento de los estándares internacionales relativos al enjuiciamiento y sanción de las graves violaciones a los Derechos Humanos a los máximos responsables, e impedir posibles condenas al Estado colombiano, así como la consolidación de estas figuras en pro de establecer mecanismos que permitan su aplicación en otros Estados, que puedan atravesar circunstancias similares.

Para lo anterior, la Tesis contiene dos grandes partes. La primera hace referencia al conflicto armado y la justicia transicional en Colombia. En estos apartes, el estudio se concentra en la evolución histórica, los factores, los actores y la naturaleza del conflicto armado, el cual ha sido considerado como *sui generis*, por los múltiples componentes que lo han rodeado y las profundas huellas que ha dejado en la sociedad, al punto que es objeto de estudio en diversos ámbitos de la ciencia política, jurídica y social, por grupos de investigación y organismos internacionales, debido al gran impacto en la población civil y la multiplicidad de hechos victimizantes.

Justamente, en pro de superar las condiciones que han cimentado su existencia, se han implementado ideas propias de la justicia transicional, figura que se analiza en el segundo capítulo, en cuanto a cuál es su objeto y porqué se justifica en este caso, promoviéndose procesos de paz con y sin responsabilidad de los actores, concentrándose en las medidas que se han impulsado más recientemente, y que contienen beneficios punitivos, como pueden ser las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales, así como los criterios de priorización y selección y el tratamiento diferenciado entre miembros de la Fuerza Pública y grupos al margen de la ley como pueden ser las FARC-EP o los paramilitares.

Por su parte, la segunda parte contiene la responsabilidad por crímenes internacionales en los procesos de justicia transicional colombianos. En ese sentido, se indagan los crímenes internacionales, es decir, el genocidio y los crímenes de guerra y lesa humanidad (se excluye el crimen de agresión porque no responde al supuesto de atentar

---

<sup>1</sup> Véase Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 17, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/todos-los-libros>. Última vista el 12 de enero de 2020.

contra las personas, sino que la vulneración o sujeto pasivo es un Estado), como conductas sujetas de investigación y sanción.

Para ello, se toma en cuenta su concepto, elementos esenciales y la manera como han sido desarrollados y consagrados en el Derecho Internacional y en el derecho interno, principalmente porque las conductas que han envuelto el conflicto armado colombiano están relacionadas con vulneraciones al derecho a la vida (asesinatos selectivos, masacres y ejecuciones extrajudiciales), infracciones contra la libertad individual (desaparición forzada, secuestros, y reclutamiento ilícito), trasgresiones a la autonomía personal (desplazamientos forzados), y atentados a otros derechos mediante distintas acciones delictivas igualmente graves (violencia sexual y utilización de minas antipersona, actos terroristas y artefactos explosivos).

Para imputar estas conductas al individuo, la justicia transicional colombiana ha desarrollado el concepto de máximos responsables, figura discutida en el Derecho Internacional, pero declarada conforme a la Constitución Política por la Corte Constitucional, la cual se explica de manera detallada.

En ese orden de ideas, las modalidades de intervención punible pueden ser individuales o colectivas, y tal como se ha desarrollado en el Derecho Penal Internacional bajo la forma de autoría y participación.

En este punto, se estudian las Teorías de la empresa criminal conjunta y del dominio funcional del hecho, conceptos desarrollados por la jurisprudencia internacional y que fundamentan las diversas opciones en que el responsable actúa en la comisión de un crimen internacional, ya sea como autor directo, mediato, coautor o partícipe.

Por último, se analiza la responsabilidad por omisión del superior por crímenes internacionales en los procesos de justicia transicional en Colombia, entendiendo que el origen de esta figura se da en el Derecho Penal Internacional, y que se presenta en aquellos casos donde los jefes militares, ya sea de *iure* o de *facto*, y los superiores civiles, ostentan el control efectivo y autoridad o ejercicio de mando, incumplen con su deber de prevenir, reprimir o denunciar.

Este punto es innovador en la regulación colombiana, y será especificado fundamentalmente en la jurisprudencia que emita la JEP, acudiendo a los mecanismos que

ya ha tenido la oportunidad de estudiar la jurisdicción ordinaria en la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Justicia y Paz.

La importancia de esta investigación radica en el momento que atraviesa el proceso de justicia transicional en Colombia, donde la JEP ha iniciado su ámbito de competencia estudiando los casos y deberá adoptar decisiones en procura de cumplir con los mandatos establecidos en la regulación, concentrándose en los máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos por ellos.

Para ello, deberá acudir a la jurisprudencia internacional relacionada con el genocidio, los crímenes de guerra y lesa humanidad, empleado teorías como la autoría mediata, la participación y la responsabilidad del superior por omisión, desarrolladas por los Tribunales Ad Hoc y la CPI.

La originalidad de esta investigación se da en la forma como se analiza la responsabilidad de los actores del conflicto armado colombiano para el caso de los crímenes internacionales, puesto que nunca antes la cohesión entre el Derecho Internacional y el derecho interno han estado presentes, fundamentalmente dirigidas al objetivo de lograr superar las condiciones de latente impunidad en que se ha envuelto el Estado colombiano.

La metodología utilizada es la dogmática jurídica, en ese sentido, la investigación está fundada especialmente en las normas existentes respecto a los crímenes internacionales y a las modalidades de imputación de los mismos en la doctrina comparada y en los distintos órganos que protegen los derechos contra los que atentan estas infracciones, atendiendo a distintas ramas del mismo, trazando una vía de lo general a lo particular, reuniendo el Derecho Internacional Público, el Derecho Penal Internacional y el derecho interno, concretamente el derecho constitucional y penal colombiano.

Para explicar todos estos puntos, se estudió y analizó las normas relacionadas a Derecho Internacional, contenidas fundamentalmente en la Convención IV de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la Guerra terrestre y el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, las Convenciones de Ginebra de Derechos Humanitario de 1949 con sus Protocolos Adicionales, la Convención para la Sanción y Prevención de Delitos de Genocidio de 1948, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición

Forzada de Personas. Para complementar los instrumentos normativos, se acudió a la jurisprudencia de la CIDH y a pronunciamientos de la Comisión IDH.

Adicionalmente, no podría dejarse de lado lo relativo al Derecho Penal Internacional, donde lo desarrollado por los Tribunales Ad Hoc en Yugoslavia y Ruanda han cimentado conceptos relevantes en lo que tiene que ver con la comisión de crímenes internacionales, de tal manera que su jurisprudencia fue analizada, así como el ECPI y los pronunciamientos más recientes de la CPI, teniendo en cuenta el Examen Preliminar que realiza la Fiscalía de la CPI para el caso colombiano y el principio de complementariedad, aspectos que por su extensión y profundidad son tratados de manera general<sup>2</sup>.

A su vez, se acudió a la regulación y jurisprudencia interna. En ese sentido, al tratarse de un tema con relevancia constitucional, por su forma de implementación y modificación en la estructura del Estado colombiano<sup>3</sup>, se analizó los pronunciamientos que ha emitido la Corte Constitucional relativos a la justicia transicional.

Por otro lado, al tener gran incidencia en el Derecho Penal, se tuvo en cuenta la forma como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha analizado y desarrollado las modalidades de imputación en casos previos, también la forma como estos pronunciamientos podrán incidir a futuro en decisiones que deban tomarse en el marco de sus competencias, así como la JEP, cuando sancione a los responsables.

---

<sup>2</sup> Véase PIGRAU SOLÉ, A., “Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), pp. 655-690, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013; QUESADA ALCALÁ, C., “La justicia penal internacional y Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), pp. 691-710, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013; OLASOLO ALONSO, H. “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI*, N. 24, diciembre 2012; y AMBOS, K. *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court. An Inductive, Situation-based Approach*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2010.

<sup>3</sup> Véase CORREA HENAO, M. “Justicia transicional en Colombia: Balance y desafíos constitucionales”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 25-174. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016; BERNAL PULIDO, C. “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del Marco Jurídico para la Paz”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 27-96. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016; AMBOS, K. (coord.), *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2014; y AMBOS, K. y STEINER, C. (coord.), *Justicia de transición y Constitución II, análisis de la sentencia C- 577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2015.

La bibliografía utilizada proviene de fuentes directas e indirectas. Por un lado, se emplea la jurisprudencia proveniente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como los Tribunales Ad Hoc y la CPI. Por otro, se tiene en cuenta lo relativo a la doctrina y jurisprudencia interna para fortalecer el análisis, como fuente indirecta.

Adicionalmente, es importante poner de presente las razones por las que desarrollé el tema de la responsabilidad de los actores por crímenes internacionales, cuyo interés responde a razones personales y académicas.

En lo personal, conozco de forma directa el sufrimiento que causa las graves violaciones a los Derechos Humanos, habito en una de las zonas más azotadas por la violencia y he observado como los diferentes partícipes del conflicto armado han desplegado todo su actuar en contra de la población civil.

Si bien es cierto las consecuencias y heridas que ha dejado la confrontación en la sociedad colombiana no se han superado, se considera que utilizar herramientas jurídicas para promover la justicia, en cierta manera permitirá sanar el profundo dolor que ha dejado el conflicto.

En cuanto a la estimulación académica y profesional, es incuestionable que va directamente atada a lo personal, puesto que es relevante en la actualidad un análisis y estudio de la forma como se va a imputar a los responsables de crímenes internacionales en el modelo de justicia transicional desarrollado en Colombia, puesto que dichos hechos no pueden quedar en el olvido.

Ello me convocó a que durante los últimos años me dedicara a investigar todo lo relacionado con la justicia transicional colombiana, en primer lugar, cuando realicé la Maestría en Derecho en la Universidad Externado de Colombia, posteriormente en el marco del Master en Derecho Público en la Universidad Carlos III de Madrid, y finalmente para finalizar esta Tesis, acudiendo a la sede la biblioteca de la Universidad todos los días de manera incansable.

**PRIMERA PARTE**

**EL CONFLICTO ARMADO Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN**

**COLOMBIA**

**CAPITULO I**

**EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO**

El conflicto armado colombiano ha sido objeto de múltiples estudios de todas las naturalezas. Dentro de los análisis académicos se pueden encontrar explicaciones históricas, sociológicas, económicas, incluso jurídicas, y de todas ellas no existe un consenso frente a la contextualización del mismo. Por ello plantearse desarrollar una explicación no es una labor sencilla y sobrepasa el objeto del presente escrito, no obstante, es relevante para una mejor comprensión realizar una ilustración que se pueda enmarcar en esta investigación.

Para analizar el conflicto colombiano (que es uno de los mas prolongados de la historia reciente del mundo) se plantea tres periodos de tiempo, aclarando que no siempre concuerdan con fechas exactas aunque se intentará hacer una aproximación. La primera etapa, se encuentra desde la violencia bipartidista, la cual se convierte en guerrillera o subversiva, debido a los sujetos que empiezan a participar. La segunda fase, es la propagación de los grupos guerrilleros y el surgimiento de los paramilitares. Y por último se encuentra la tercera etapa que está determinada por las recientes negociaciones de paz y la forma como se ha dado el conflicto en los últimos años.

A su vez, es imposible dejar de lado la alta intensidad del conflicto colombiano, con influencias políticas, prolongado aunque con discontinuidades con el paso del tiempo, afectando directamente a más del 20% de los municipios, llegando en algún momento a generalizarse en todo el país, y que ha generado una gran actividad criminal fundamentalmente en las áreas rurales, causando homicidios, y que ha producido millones de personas desplazadas, donde se han enfrentado principalmente tres grandes actores (puesto que dentro de cada uno de ellos, también tienen sus propias características): en primer lugar el Estado, son la Fuerza Pública; en segundo lugar las guerrillas; en tercer

lugar los grupos paramilitares. Justamente esta es una de las características sustanciales de la guerra en Colombia, puesto que los combates entre grupos armados involucran directamente a la población civil y son una constante, a diferencia de otros conflictos, en los que es la excepción.

Estos puntos serán analizados con una mayor profundidad, bajo la denominación de causas o factores que han determinado la existencia y en algunos casos profundización del conflicto armado en Colombia, donde se puede encontrar que no hay unas causas objetivas o únicas que determinen las razones de la su existencia. La ausencia del Estado, el narcotráfico y la lucha por las tierras rurales y productivas, han sido los aspectos más importantes para considerar el porqué la confrontación ha persistido en el tiempo.

También es importante poner de presente y tal como afirma el *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad* (a partir de ahora *Informe ¡Basta Ya!*), realizado por el Centro Nacional de Memoria Histórica

“La historia de la guerra en Colombia deja ver, por otra parte, un esfuerzo sistemático de búsqueda de salidas políticas y negociadas. Son esfuerzos que han comprometido e ilusionado a un amplio sector del país con la posibilidad de un escenario libre de enfrentamientos y trámites violentos que permitan que el país se enrute (Sic) hacia la construcción de una paz duradera. Reformas constitucionales, treguas, amnistías, sometimientos a la justicia, gestos humanitarios, entre otros, hacen parte del inventario de esfuerzos por buscar salidas a la guerra”<sup>4</sup>.

Infelizmente, los actores del conflicto han utilizado la violencia como mecanismo para demostrar poder y hacerse con el poder político, económico o territorial. Se entiende como modalidades violentas

“(…) aquellos hechos que configuran atentados contra la vida, la integridad y la libertad personal producidos por abuso de autoridad de agentes del Estado, los originados en motivaciones políticas, los derivados de la discriminación hacia personas socialmente marginadas, o los causados por el conflicto armado interno”<sup>5</sup>.

Conforme a lo anterior, en el presente capítulo se analizará la evolución histórica del conflicto, las causas que lo han generado, los actores que han participado en la

---

<sup>4</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2013. p. 193.

<sup>5</sup> COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Como procesa su información la Comisión Colombiana de Juristas*, 2007. [http://www.coljuristas.org/documentos/adicionales/como\\_procesa\\_su\\_informacion\\_la\\_ccj.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/adicionales/como_procesa_su_informacion_la_ccj.pdf)

confrontación, con sus modalidades de violencia, así como la calificación de conflicto armado interno, lo que promueve la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (a partir de ahora DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente cuando se ha promovido mediante mecanismos de justicia transicional la posibilidad de lograr una paz estable y duradera.

## **1.- Evolución histórica del conflicto armado colombiano**

Plantear en cortas líneas la forma como se ha desarrollado cronológicamente el conflicto armado en Colombia no resulta ser sencillo, al punto que como se ha manifestado existen múltiples trabajos y escritos que han intentado lograrlo, sin obtener un resultado o consenso definitivo. Por ello, tomando en cuenta esta consideración, corresponde expresar tal como que se pronuncia el *Informe ¡Basta Ya!*

“Se trata de una guerra difícil de explicar no solo por su carácter prolongado y por los diversos motivos y razones que la asisten, sino por la participación cambiante de múltiples actores legales e ilegales, por su extensión geográfica y por las particularidades que asume en cada región del campo y en las ciudades, así como por su imbricación con las otras violencias que azotan al país”<sup>6</sup>.

Se pueden encontrar múltiples confusiones respecto al momento exacto en que se dio inicio el conflicto armado colombiano. Sin ahondar profundamente, es pertinente manifestar que ni siquiera entre los miembros de la *Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, órgano creado en el marco del Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y los delegados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC EP, hubo consenso frente este punto<sup>7</sup>.

El punto de quiebre para la gran mayoría de los autores resulta ser la violencia bipartidista, donde los partidos hegemónicos del sistema político colombiano eran el Partido Liberal y el Partido Conservador, cuyos enfrentamientos armados eran recurrentes, al punto que desde la independencia de España y durante el Siglo XIX hubo ocho guerras civiles nacionales (de las que se puede destacar la denominada Guerra de los Mil Días entre

---

<sup>6</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Op. Cit.* p. 19.

<sup>7</sup> Véase COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Bogotá D.C., 2015. en [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi\\_n%20Hist\\_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V\\_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf)



1899 a 1902) y catorce regionales<sup>8</sup>. No obstante, el país, contrario a lo que sucedía en la mayoría de los Estados Latinoamericanos, vivió una relativa calma de casi medio siglo<sup>9</sup>, con una estable democracia electoral, tasas bajas de homicidios, que incluso algunos han calificado de inferiores a las que tenían países europeos en su momento<sup>10</sup>.

Son diversas las causas del conflicto armado colombiano, que requiere un análisis profundo dentro del presente escrito, principalmente en su incremento que tiene lugar entre los años 1930 y 1946. Por ahora podríamos expresar que desde una perspectiva política, Colombia experimentó un bipartidismo casi inquebrantable (a pesar del nacimiento Partido Socialista Revolucionario, antecesor del Partido Comunista, en los años veinte del Siglo XX), donde el Partido Liberal tomó las banderas de la clase obrera y media, a diferencia de lo que acontecía en otros países de la región, donde los intereses de estas poblaciones eran exteriorizados por movimientos políticos socialistas o comunistas.

Justamente, las opiniones formuladas por los Liberales, con su llegada a la presidencia en 1930, rompiendo el predominio Conservador y principalmente las ideas adelantadas por el Presidente Alfonso López Pumarejo, como consolidación de un modelo liberal denominado “Revolución en Marcha”, consistentes en reformas educativas, reconocimiento de derechos sindicales y Estado Laico, el acceso a la educación por parte de las mujeres, y reformas agrarias, contribuyó hacía una idea antiliberal, en cierto modo potencializado por la Iglesia Católica, lo que abonó un camino directo a la violencia<sup>11</sup>.

A su vez, las carencias institucionales, la presencia desigual del Estado en las periferias del país, aunado a una integración territorial precaria y un creciente abandono del

---

<sup>8</sup> Vid. HURTADO GALEANO, D. P. “María Emma Wills. Los tres nudos de la guerra colombiana: un campesinado sin representación política, una polarización social en el marco de una institucionalidad fracturada y unas articulaciones perversas entre regiones y centro”. *Revista Debates*, Núm. 72, 2015, pp. 73-77.

<sup>9</sup> Con excepción de casos aislados, como sería la Masacre de las Bananeras, llevada a cabo en el Municipio de Ciénaga entre el 5 y 6 de diciembre de 1928, donde conforme a los registros fueron asesinados cientos de trabajadores United Fruit Company, quienes se encontraban en huelga. Al respecto se puede consultar GAITÁN AYALA, J. E. 1928 *La masacre de las Bananeras*. Bogotá D.C.: Ed. Cometa De Papel, 1997, p. 139.

<sup>10</sup> En los años 30 del siglo pasado, las tasas de homicidio en Colombia eran entre 5 y 8 homicidios por cada cien mil habitantes por año. Cfr. PINKER, S. *The Better Angels of our Nature. Why Violence Has Declined*, Nueva York: Viking Penguin, 2011, pp. 86-87.

<sup>11</sup> Vid. VEGA CANTOR, R. *La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia: injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de Estado*. Bogotá D.C.: Ed. Ocean Sur, 2016.

país rural, permitieron que diversos grupos y actores no estatales aglutinaran las inconformidades, e incluso suplieran esas necesidades de las poblaciones, contando con el apoyo y la aceptación de los moradores, promoviendo la aparición de los primeros movimientos obreros en múltiples sectores del país como son el Departamento de Boyacá, Santander y Norte de Santander, y un poco más tarde en Cundinamarca, Antioquia y Caldas.

Pero probablemente el factor más importante que provocó en aquel momento el conflicto en Colombia, como lo afirma FAJARDO es la cuestión agraria, inducida por una excesiva concentración de la propiedad rural, la falta de claridad en las maneras de adjudicación de tierras baldías y la falta de legitimidad de los títulos de propiedad<sup>12</sup>. Al respecto SÁNCHEZ expresa

“(…) la Violencia había desestabilizado la propiedad en unas zonas, había paralizado la producción en otras y había trastornado los canales de comercialización en muchas, es decir, había alterado de diversas maneras el orden económico y social. La tarea, el reto del Frente Nacional, en tanto proyecto político de pacificación, era crear las condiciones para restablecerlo. Esto provocó que la población se transforme radicalmente en urbana (...)”<sup>13</sup>

Pese a lo anterior, existe cierto consenso en considerar la etapa denominada *La Violencia* como el antecedente inmediato u origen del conflicto, es decir el periodo entre los años 1948 a 1957<sup>14</sup>. Este punto de partida permitirá establecer los periodos que ha atravesado el conflicto, puesto que su desenvolvimiento no se ha dado de manera constante ni homogénea. Han existido lapsos de tiempo con altos y bajos índices de violencia. Al respecto el *Informe ¡Basta Ya!* expresa

---

<sup>12</sup> Vid. FAJARDO, D. *Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana*. Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ, G. “Rehabilitación y Violencia bajo el Frente Nacional”, en *Análisis Político*, No. 4, mayo – agosto de 1988, p. 21. En el mismo sentido se pronuncia GIRALDO, J. *Política y guerra sin compasión*. Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015. Se puede consultar en <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/especiales/resumen-informe-comision-historica-conflicto-victimas/index.html>. p. 10.

<sup>14</sup> Al respecto se pronuncian PAYNE, J. *Patterns of Conflict in Colombia*, New Haven: Yale University Press, 1968; PIZARRO LEONGÓMEZ, E. *Las FARC (1949-1966): de la autodefensa a la combinación de todas las formas de lucha*, Bogotá D.C.: Tercer Mundo Editores, 1991; SÁNCHEZ, G y PEÑARANDA, R. (Ed.). *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Bogotá D.C.: Ed. CEREC, 1991; y LÓPEZ LÓPEZ, A. F. “Ciclos de la violencia en Colombia” en *Nuevo Derecho*, Vol. 11, No. 16, enero-junio de 2015, pp. 37-55. A pesar que en general la mayoría de los historiadores establecen como la de inicio de La Violencia en 1946 las tasas de homicidio en ese año y en 1947 fueron relativamente bajas, por ello se considera que la violencia generalizada comenzó propiamente a partir de 1948 pero, ante todo, a partir de 1949.

“De una tendencia decreciente entre 1958 y 1964, marcada por la transición de la violencia bipartidista a la subversiva, se pasó a una violencia baja y estable entre 1965 y 1981. Esta violencia estuvo marcada por la irrupción de las guerrillas y su confrontación con el Estado. Posteriormente, entre 1982 y 1995, continuó una tendencia creciente marcada por la expansión de las guerrillas, la irrupción de los grupos paramilitares, la propagación del narcotráfico, las reformas democráticas y la crisis del Estado. Seguidamente se dio una tendencia explosiva entre 1996 y 2002, en la que el conflicto armado alcanzó su nivel más crítico como consecuencia del fortalecimiento militar de las guerrillas, la expansión nacional de los grupos paramilitares, la crisis del Estado, la crisis económica, la reconfiguración del narcotráfico y su reacomodamiento dentro de las coordenadas del conflicto armado. Esta tendencia fue sucedida por una etapa decreciente que va desde el año 2003 hasta hoy, y ha estado marcada por la recuperación de la iniciativa militar del Estado, el repliegue de la guerrilla y la desmovilización parcial de los grupos paramilitares”<sup>15</sup>.

Justamente entre enero y marzo de 1948, la mayoría de las grandes ciudades del país sufrieron manifestaciones y confrontaciones de la población civil con la Policía Nacional, provocadas por el descontento generalizado. A su vez, la muerte del líder del Partido Liberal Jorge Eliecer Gaitán<sup>16</sup> el 9 de abril de 1948 (evento denominado comúnmente como *El Bogotazo*), sirvió de detonante para el surgimiento de *La Violencia*<sup>17</sup>. Al respecto HOBBSAWN afirma que este hecho constituye en su momento

“(…) probablemente la mayor movilización armada de campesinos (ya sea como guerrilleros, bandoleros o grupos de autodefensa) en la historia reciente del hemisferio occidental, con la posible excepción de determinados períodos de la Revolución mexicana. Su número total para todo el período se ha estimado en 30.000 (...)”<sup>18</sup>.

Adicional a lo anterior, la llegada a la presidencia de la República del Partido Conservador con Laureano Gómez Castro, considerada como una figura ultraconservadora

---

<sup>15</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Op. Cit.* p. 33.

<sup>16</sup> En palabras de GARCÍA MÁRQUEZ, el líder liberal poseía “(…) un programa de restauración moral de la República que rebasó la división histórica del país entre liberales y conservadores, y la profundizó con un corte horizontal y más realista entre explotadores y explotados: el país político y el país nacional. Con su grito histórico (¡A la carga!) y su energía sobrenatural, esparció la semilla de la resistencia aun en los últimos rincones con una gigantesca campaña de agitación que fue ganando terreno en menos de un año, hasta llegar a las vísperas de una auténtica revolución social”. GARCÍA MÁRQUEZ, G. *Vivir para contarla*, Madrid: Ed. Mondadori, 2002. p. 363.

<sup>17</sup> Al respecto se puede consultar VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017, p. 55 y ss.; PALACIOS, M. *Violencia pública en Colombia*, Bogotá D.C.: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 43; BUSHNELL, D. *Colombia una nación a pesar de sí misma*, Bogotá D.C.: Ed. Planeta Colombiana S.A., 2009. p. 288.

<sup>18</sup> HOBBSAWN, E. *Rebeldes primitivos*, Barcelona: Ed. Ariel, 1974. p. 264 y 265. A pesar de lo anterior, se considera extraoficialmente que realmente se dieron más de 300.000 asesinatos de civiles.

y con un gran rechazo del Partido Liberal, incitó la reacción armada como resistencia a los excesos del poder público<sup>19</sup>, pero aun en el interior de una contienda bélica bipartidista como mecanismo de alcanzar el poder<sup>20</sup>, donde BUSHNELL aclara

“(…) casi nunca se escuchó hablar de campesinos liberales en conflicto con terratenientes liberales (ni de conservadores contra conservadores de clase social distinta). Generalmente, la violencia enfrentó a campesinos de un partido contra campesinos del otro, mientras los grandes propietarios, para no mencionar a los profesionales y hombres de negocios de los dos partidos, permanecían en la relativa seguridad de las ciudades”<sup>21</sup>.

No obstante en 1952 se da la primera alianza entre guerrillas liberales y comunistas, planteándose la I Conferencia Nacional Guerrillera o Conferencia de Boyacá, cuya idea encontró sus primeros obstáculos en las élites liberales. Lo que si resulta claro, tal como lo pone de manifiesto RÍOS, en aquel año ya se podría presentar más de 20.000 hombres alzados en armas<sup>22</sup>.

Estos fenómenos fueron dando como resultado una ruina del Estado, puesto que se politizaron las instituciones del Estado, principalmente las Fuerzas Armadas y el sistema de justicia<sup>23</sup>, lo que generó una crisis de legitimidad y credibilidad en las mismas por parte de la población<sup>24</sup>. La salida a este período de *La Violencia* va a darse a través de los militares, como fuerzas imparciales para detener la penumbra, con el propósito de disminuir los índices de violencia, a través de indultos y reducciones de penas<sup>25</sup>, por medio de un golpe liderado por el General Gustavo Rojas Pinilla, quien hasta ese momento era el Comandante

---

<sup>19</sup> En 1948 se expulsan del Gobierno a seis ministros de inclinación política del Partido Liberal y se disolvió el Congreso de la República, claramente dominado por este movimiento político. Al respecto se puede consultar GIRALDO FORERO, J. F. “Colombia in armed conflict? 1946-1985” en *Papel Político*, núm. 18, diciembre, 2005, pp. 43-78, Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

<sup>20</sup> Al respecto el *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad* expresa “Dentro de los partidos políticos se constituyeron agrupaciones armadas con diferentes niveles de organización: de un lado, la policía chulavita y Los pájaros (asesinos a sueldo), al servicio del Gobierno Conservador; del otro, las guerrillas liberales y las autodefensas comunistas”. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 112.

<sup>21</sup> BUSHNELL, D. *Colombia una nación a pesar de sí misma*, Óp. Cit. p. 281.

<sup>22</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Madrid: Ed. Catarata, 2017. p. 29.

<sup>23</sup> Vid. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 112.

<sup>24</sup> Al respecto se puede consultar OQUIST, P. “El derrumbe parcial del Estado” en: *El Estado en Colombia*, Luis J. Orjuela (comp.), pp. 103-215. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2010.

<sup>25</sup> Con ese propósito se expidieron los Decretos 1546 de 22 de junio de 1953 y 2184 de 21 de agosto de 1953.

General de las Fuerzas Militares, constituyéndose en el único gobierno militar en la historia colombiana del Siglo XX.

Ante estas propuestas, por un lado se logró la desmovilización de más de 6.500 alzados en armas. Por otro, aquellos que eran seguidores del Partido Comunista, optaron por la decisión de continuar alzados en armas como movimientos de autodefensas campesinas y no desmovilizarse (puesto que el gobierno era abiertamente anticomunista), lo que provocó la ilegalización de este movimiento político en 1956<sup>26</sup>.

Desafortunadamente, algunas acciones de las Fuerzas Militares (con ayuda de las guerrillas campesinas liberales), en zonas donde se encontraban asentados estos grupos comunistas produjeron desplazamientos forzados y homicidios<sup>27</sup>, y contrajo como consecuencia la modificación de estas estructuras en guerrillas, donde participaron varios miembros<sup>28</sup> que serían los fundadores de las FARC, con orientación comunista, constituyéndose en repúblicas independientes<sup>29</sup>. En 1957, se ofreció una nueva medida de indulto a los grupos guerrilleros comunistas, de los cuales algunos aceptaron y se desmovilizaron, otras continuaron con la lucha armada, al ver que muchos de sus compañeros eran asesinados.

Como se puede observar, el modelo común en la época de *La Violencia* es la falta de legitimación del Estado, lo que cambiaría la visión de los ciudadanos colombianos frente a las instituciones públicas en las décadas siguientes<sup>30</sup>. En los sucesivos epígrafes del escrito se procederá a analizar con mayor profundidad ciertos aspectos relevantes en la evolución histórica del conflicto armado colombiano, concentrado en tres puntos importantes, en primer lugar el surgimiento de nuevos actores conocido como la violencia subversiva; en segundo lugar la extensión de los grupos guerrilleros y el brote paramilitar; y en último término el conflicto en las últimas décadas y su estado actual.

---

<sup>26</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 30. Esta decisión fue revocada mediante Plebiscito del 1 de diciembre de 1957.

<sup>27</sup> Este acto se dio en el Municipio de Villarrica en el Departamento de Tolima.

<sup>28</sup> Entre ellos se encuentran Ciro Trujillo, Jacobo Arenas e incluso Manuel Marulanda.

<sup>29</sup> Vacas expresa que fueron 16 las zonas bajo el control de estos grupos. Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. Óp. Cit. p. 61.

<sup>30</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 31.

### 1.1.- De la violencia bipartidista a la subversiva y paramilitar (1957 – 1982)

El año 1957 se constituye un punto de quiebre en la historia de Colombia, cuando el 10 de mayo una Junta Militar toma el poder político transitoriamente, mientras nace el periodo denominado Frente Nacional, aquel sistema de gobierno bipartidista, donde los Partidos Liberal y Conservador se distribuyen inicialmente por dos periodos y alternándose cada cuatro años la Presidencia de la República, modelo que desapareció en 1978.

El primer periodo presidencial entre 1958 a 1962, a cargo de Alberto Lleras Camargo del Partido Liberal, puso en marcha la Comisión Nacional Investigadora de las Causas de la Violencia<sup>31</sup> (conocida como *La Investigadora* o *Comisión de Paz*), figura que logró mediante varios pactos de paz reducir las hostilidades por parte de los reductos conservadores y liberales<sup>32</sup>. Esta política de reconciliación continuó con el gobierno del conservador Guillermo León Valencia, quien estuvo en el poder entre 1962 a 1966.

No obstante, lo anterior, los grupos armados comunistas continuaron vigentes, puesto que no contaban con posibilidades de participar en el sistema político. Por ello, en 1964 se lanzó una ofensiva con el propósito de finalizar y erradicar las “repúblicas independientes”<sup>33</sup>, dentro de las que se pueden destacar principalmente en aquella denominada “Marquetalia”, donde se movilizó más de 5.000 militares, sin lograr el objetivo de desmantelarlos, puesto que huyeron hacia el sur del Departamento del Meta y Caquetá, lo que produjo que en 1965 se realizaran dos conferencias guerrilleras y se formaran las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC<sup>34</sup>, quienes se definirían como “(...) una organización político-militar que recoge las banderas bolivarianas y las

---

<sup>31</sup> Institución creada mediante Decreto 0942 del 27 de mayo de 1958.

<sup>32</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 33.

<sup>33</sup> El *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad* afirma al respecto que “(...) la represión militar estuvo enmarcada en los trabajos políticos y militares que organizó el Frente Nacional para luchar contra las bandas conservadoras y liberales, y en el diseño e implementación del Plan Lazo en 1964, que materializó la autonomía de los militares en el manejo del orden público”. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 121.

<sup>34</sup> Al respecto se puede consultar PIZARRO LEONGÓMEZ, E. *Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2004. Frente al surgimiento de las FARC, también se puede consultar PIZARRO LEONGÓMEZ, E. “Marquetalia: el mito fundacional de las Farc” en *Unperiódico*, No. 57, 9 de mayo de 2004. AGUILERA PEÑA, M. *Las FARC: La guerrilla campesina, 1949-2010*. Bogotá D.C.: ARFO Editores e Impresores Ltda., 2010. y RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 38-44.

tradiciones libertarias de nuestro pueblo para luchar por el poder y llevar a Colombia al ejercicio pleno de la soberanía nacional y a hacer vigente la soberanía popular”<sup>35</sup>.

Algunos consideran que, si esta ofensiva militar no hubiera tenido lugar, las FARC no habrían nacido<sup>36</sup>. Otros y con quienes se concuerda, enuncian que en Colombia se daban condiciones estructurales que provocaban la eventualidad del surgimiento de grupos guerrilleros, puesto que las reformas sociales y económicas fueron aplazadas, y es por ello que nacieron el Ejército de Liberación Nacional – ELN en 1965; y el Ejército Popular de Liberación – EPL en 1967 (con una orientación maoísta)<sup>37</sup>, y otros bajo la influencia de la Revolución Cubana de 1959<sup>38</sup>. Todos estos grupos con características similares a las que sucedían en la mayoría de los países latinoamericanos con ideas anti-imperialistas, con miembros de universidades públicas marcados por ideologías marxistas, que deciden trasladarse a zonas periféricas, lo que para algunos ha sido considerado como “una guerra imaginaria”<sup>39</sup>.

Sin lugar a dudas, el Frente Nacional logró su principal objetivo que era superar la contienda política polarizada, que se había desbordado a límites incalculables. No obstante, en este periodo de tiempo, como en la mayoría de los países Latinoamericanos emergieron las guerrillas, que, para el caso colombiano, surgieron como una mutación de los grupos comunistas, como rechazo y confrontación con el sistema bipartidista. Al respecto el *Informe ¡Basta Ya!* expresa que

“(…) refleja la combinación de múltiples factores: los rezagos de la violencia de los años cincuenta; los intentos del Ejército Nacional por recuperar militarmente el territorio; la limitada

---

<sup>35</sup> FARC-EP. *Esbozo histórico de las FARC-EP*. Montañas de Colombia, 2005. p. 150. Citado por MARTÍNEZ-VILLALBA MEJÍA, L. *FARC y Terrorismo: El conflicto armado colombiano en el contexto del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos*, Tesis para optar al título de master en Derechos Humanos, México: Universidad Iberoamericana, 2013. p. 56 y 57.

<sup>36</sup> Vid. GILHODES, P. *La Violence en Colombie: Banditisme et Guerre Sociale*. París: Ed. Caravelie, 1976. Y Vid. PIZARRO LEONGÓMEZ, E. “Marquetalia: el mito fundacional de las Farc” *Óp. Cit.*

<sup>37</sup> Sobre el surgimiento del ELN y el EPL se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. *Óp. Cit.* p. 123-128. MEDINA GALLEGU, C. *ELN: Una historia de los orígenes*, Bogotá D.C.: Rodríguez Quito Editores, 2001. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 45-53. REALES GUTIERREZ, C. E. y BEJARANO SANDOVAL, A. M. *Políticas después de la guerra: la reincorporación de grupos guerrilleros en América Latina y su impacto en la consolidación de una oposición democrática viable*, Bogotá D.C.: Centro de Investigaciones Sociojurídicas – CIJUS, Universidad de los Andes, 2001. p. 108 y ss., y VARGAS VELASQUEZ, A. *Guerra o solución negociada. ELN: origen, evolución y procesos de paz*, Bogotá D.C.: Intermedio Editores, 2006.

<sup>38</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 36 y 37.

<sup>39</sup> BRODERICK, W. J. *El guerrillero invisible*, Bogotá D.C.: Intermedio, 2000. p. 156

capacidad del Frente Nacional para insertar grupos organizados al margen del bipartidismo; y la dificultad para desvertebrar las relaciones que los gamonales y poderes locales habían mantenido con los grupos armados cercanos a sus partidos. En este contexto, los grupos organizados al margen de los partidos y algunas de sus facciones disidentes tendieron a percibir el Frente Nacional como un régimen político excluyente. El cierre de oportunidades legales que este parecía exhibir se convirtió, para mucho, en justificación suficiente para optar por la lucha armada<sup>40</sup>.

Posteriormente, desde 1966 a 1978, los gobiernos de Carlos Lleras Restrepo, Misael Pastrana Borrero y Alfonso López Michelsen, impusieron como prioridad políticas de desarrollo industrial por encima del fortalecimiento militar, con tímidas reformas agrarias y buscando eliminar los índices de pobreza, puesto que se habían disminuido considerablemente los actos violentos, a pesar de la multiplicidad de actores y se vislumbraba grandes inequidades entre los ingresos urbanos frente a los rurales, motivo que promovió el surgimiento de otros grupos guerrilleros como el Quintín Lame<sup>41</sup>, el M-19 (guerrilla de naturaleza más urbana)<sup>42</sup> y el Ejército Revolucionario del Pueblo – ERP<sup>43</sup>, en contraprestación del número reducido de miembros y escasa presencia nacional de las FARC, ELN y EPL.

Estos grupos o guerrillas de segunda generación reflejaron el descontento social, principalmente la desilusión que generó el Gobierno de López y desencanto con las frustradas expectativas del Frente Nacional, donde se dieron grandes movilizaciones sociales<sup>44</sup>, y tal como lo enuncia el *Informe ¡Basta Ya!* hubo un cambio en la forma de ejecutar la disputa<sup>45</sup>, puesto que en este momento es

---

<sup>40</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 117.

<sup>41</sup> Sobre el surgimiento de este grupo guerrillero se puede consultar ESPINOSA, M. A. *Surgimiento y andar territorial del Quintín Lame*, Quito: ARFO Editores e Impresores Ltda., 1996.

<sup>42</sup> Sobre el surgimiento de este grupo guerrillero se puede consultar REALES GUTIERREZ, C. E. y BEJARANO SANDOVAL, A. M. *Políticas después de la guerra: la reincorporación de grupos guerrilleros en América Latina y su impacto en la consolidación de una oposición democrática viable*, Óp. Cit. p. 111 y ss.

<sup>43</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 38 y ss., AYALA DIAGO, C. A. “Nacionalismo y populismo. ANAPO y el discurso político de la oposición en Colombia: 1960-1966”, en: *Resistencia y oposición al establecimiento del Frente Nacional. Los orígenes de la Alianza Nacional Popular, ANAPO. Colombia 1953-1964*, Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 1996

<sup>44</sup> Se puede destacar el Paro Cívico Nacional del 14 de septiembre de 1977, calificado por el propio Presidente de la época como “pequeño 9 de abril”.

<sup>45</sup> Para 1977, tal como lo enuncia el CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA y MEDINA, el paro cívico constituyó un hito de ruptura histórica del régimen bipartidista, recordando momentos del pasado, en especial lo vivido en *El Bogotazo*. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General*



“(…) cuando la guerrilla del M-19 irrumpe en Bogotá con acciones propagandísticas de alto impacto mediático y eficaz conexión con la transición política. Ello potenciaba la percepción de cercanía con sectores urbanos, dado su origen citadino, y su capacidad de captar el desgaste político de la clase media, dadas las restricciones del Frente Nacional”<sup>46</sup>.

Contrario a lo que sucedía con el M-19 (que tenía una mayor aceptación de la opinión pública), las FARC<sup>47</sup>, el EPL y el ELN modificaban sus estrategias de guerra y tener como base referentes internacionales como la Revolución Sandinista o la Revolución Cubana. En respuesta a ello, el Gobierno de Julio César Turbay Ayala impulsó mediante Decreto 1923 de 1978 el Estatuto de Seguridad Nacional<sup>48</sup>. Para el Centro de Memoria Histórica esta norma

“(…) aumentó las penas por los delitos de secuestro, extorsión y ataque armado; permitió que tribunales militares juzgaran a civiles, y extendió la categoría de “subversión” a la propaganda agitadora, la incitación a la revuelta y la desobediencia a las autoridades”<sup>49</sup>.

A su vez, fue objeto de serios cuestionamientos, puesto que se impusieron múltiples denuncias y quejas de arbitrariedades cometidas por las Fuerzas Militares, que afectaban los Derechos Humanos contra antiguos miembros de los grupos guerrilleros. Esta represión produjo un efecto contrario al que se esperaba, al punto que las FARC se expandieron a otras regiones del país<sup>50</sup>, y el M-19 pasó de ser un grupo urbano a rural. Como afirma el *Informe ¡Basta Ya!*

“Tal avance guerrillero fue posible, en cierto modo, por el debilitamiento de las posturas más moderadas dentro de los movimientos sociales y los partidos de izquierda debido a la dureza de la represión oficial. Así se motivó un tránsito hacia la lucha armada de parte de la militancia política,

---

*Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 132.* y MEDINA, M. “El paro cívico nacional del 14 de septiembre de 1977”, en *La protesta urbana en Colombia en el siglo XX*, Bogotá D.C.: Ed. Aurora, 1984.

<sup>46</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 131.*

<sup>47</sup> Entre 1968 a 1982, la presencia armada de las FARC fue muy reducida, no obstante aumentó considerablemente su número de efectivos llegando casi a los 1.000, autodeclarándose ejército popular. Al respecto se puede consultar AGUILERA PEÑA, M. *Las FARC: La guerrilla campesina, 1949-2010. Óp. Cit. p. 88.*

<sup>48</sup> Al respecto se puede consultar TURBAY, C. “El Estatuto de Seguridad. Un estudio de caso”, en *I Congreso de Ciencia Política*, Bogotá D.C.: Uniandes, 1998.

<sup>49</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 133.*

<sup>50</sup> FERRO J. G. y URIBE, G. *El orden de la guerra: las FARC/EP entre la organización y la política*, Bogotá D.C.: Centro Editorial Javeriano, 2002, p. 29.

agobiada por la persecución y cada vez más persuadida de que las vías de hecho eran la única opción”<sup>51</sup>.

Como se puede observar, este periodo de tiempo el conflicto que tenía una naturaleza bipartidista, pasó a una verdadera guerra de guerrillas contra el gobierno, donde el Estado en búsqueda de mantener la soberanía y legitimidad procedió a reducir y eliminar los grupos armados ilegales, y más cuando su ideología se encontraba cercana al comunismo. Esta posición gubernamental va a tener serias consecuencias en la forma como se va a plantear el conflicto en los años siguientes, fomentando el surgimiento de nuevos actores, conocidos como grupos paramilitares<sup>52</sup>, el fortalecimiento de algunos existentes y el recrudecimiento de la violencia.

## **1.2.- El recrudecimiento del conflicto armado colombiano (1982 – 2000)**

Los primeros años de la década de los ochenta del Siglo pasado, marcaron una continua violencia, a diferencia de lo que había sucedido en las dos décadas precedentes, por ello se vio la necesidad de optar por otras medidas para lograr la finalización del conflicto, mediante la incorporación de algunos grupos guerrilleros a la participación política. Por ello el gobierno de Belisario Betancur, elegido en 1982, buscó una negociación con estos colectivos (decisión que no contó con el apoyo unánime de la población, teniendo resistencia en algunos grupos sociales y la Fuerza Pública), que para el caso de las FARC finalizaron con el *Acuerdo de La Uribe* en 1984, donde se otorgaron beneficios mediante la Ley 35 de 1982 y permitió el nacimiento del partido político Unión Patriótica – UP como opción para desmovilizar a guerrilleros y finalizar el conflicto<sup>53</sup>, aspecto de vital importancia en la historia reciente de Colombia.

---

<sup>51</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 135.*

<sup>52</sup> Sobre el surgimiento de los grupos paramilitares se puede consultar: RAMÍREZ, S. y RESTREPO, L. A. *Actores en conflicto por la paz: el proceso de paz durante el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986)*, Bogotá D.C.: Siglo Veintiuno: Centro de Investigación y Educación Popular, 1988; ROMERO, M. *Paramilitares y autodefensas, 1982-2003*. Bogotá D.C.: Editorial Planeta, 2003. RONDEROS, M. T. *Guerras recicladas. Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Aguilar, 2014. MEDINA, C. *Autodefensas, Paramilitares y Narcotráfico en Colombia*, Bogotá D.C.: Ed. Documentos Periodísticos, 1990. y RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia, Óp. Cit. p. 58-62.*

<sup>53</sup> Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales. Óp. Cit. p. 68-69.*

Los militantes de este movimiento político fueron objeto de persecución, muchos fueron asesinados, principalmente por los nacientes grupos paramilitares en colaboración con miembros de la Fuerza Pública, (puesto que se consideraba que las FARC por medio de esta organización unida con otros medios de lucha podrían llegar al poder<sup>54</sup>) provocando un crimen de genocidio, al punto que como se enunciará posteriormente, se incluyó esa modalidad (exterminio de un grupo político) en la regulación colombiana, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Internacional<sup>55</sup>. Estos actos se ampliaron posteriormente a miembros de otras filiaciones políticas, como es el caso de Carlos Pizarro, miembro del M-19, asesinado en 1990.

Ahora bien, las decisiones adoptadas por el gobierno de Betancur generaron mucha desconfianza en varias regiones del país, y ello llevó a la germinación de los grupos paramilitares, principalmente cobijados jurídicamente por la Ley 48 de 1968<sup>56</sup>, y con el apoyo y colaboración de las Fuerzas Armadas, debido a la insuficiencia del Estado para impedir la expansión guerrillera<sup>57</sup>, que continuaban realizando crímenes de secuestro y extorsión fundamentalmente a los ganaderos y terratenientes en ciertos sectores del país<sup>58</sup>, quienes modificaron la estructura de la confrontación<sup>59</sup>, fortaleciéndose con el propósito de tomar el poder político desplegando recursos bélicos, al punto que como lo enuncia PÉCAUT

“(…) la cuestión guerrillera cambia, de esta manera, de naturaleza y de escala. De un fenómeno crónico pero marginal, enraizado en la tradición de la violencia y de los conflictos por la

---

<sup>54</sup> Vid. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 135. Al respecto se puede consultar ROMERO OSPINA, R. *Unión Patriótica. Expedientes contra el olvido*, Bogotá D.C.: Centro de Memoria, Paz y Reconciliación, 2012.

<sup>55</sup> Al respecto se puede consultar PARDO RUEDA, R. *La historia de las guerras*, Bogotá D.C.: Ediciones B. Colombia S.A., 2008. p. 678 y ss.

<sup>56</sup> Mediante esta ley se permitía el adoctrinamiento y dotación de armas a la población civil que se encuentre bajo escenarios de conflicto armado. Esta norma va a tener como antecedente el Decreto 3398 de 1965, y estuvo vigente hasta la expedición del Decreto 815 de 1989.

<sup>57</sup> Al respecto se puede consultar RONDEROS, M. T. *Guerras recicladas. Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia. Óp. Cit.* p. 18 y ss. y MEDINA, C. *Autodefensas, Paramilitares y Narcotráfico en Colombia, Óp. Cit.* p. 173.

<sup>58</sup> Vid. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 136-137.

<sup>59</sup> Las FARC impusieron como método las guerrillas móviles y pasar de ser una confrontación regular a irregular. Esto lo denominaron La Nueva Forma de Operar. Al respecto se pronuncia RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia, Óp. Cit.* p. 40 y ss.

tierra, se transforma en un componente de un proceso que, por primera vez, percibe como objetivo la lucha por el poder”<sup>60</sup>.

Todo ello provocó un nuevo asomo de la violencia, donde las tasas de homicidio comienzan a subir, al punto que a finales del Siglo XX Colombia se constituía en uno de los países más violentos del mundo, y a su vez, se da un incremento considerable en las víctimas de la población civil, muertos en combate y pertenencia a los grupos armados<sup>61</sup>.

Por su parte, el M-19 buscaba un mayor protagonismo, mediante la presión militar, realizando actos de esta índole, de las que se puede resaltar la Toma del Palacio de Justicia, llevada a cabo el 6 de noviembre de 1985. Este acto acarreó a una ruptura de los diálogos de paz, en la medida que

“(…) para la mayor parte de la opinión pública se había hecho obvio que el proceso de paz de Betancur había sido hábilmente aprovechado por las guerrillas para ampliar sus frentes y afectar a regiones que estaban más integradas a la vida política y económica de la nación: entre 1981 y 1986, el EPL pasó de tener dos frentes a contar con doce; el ELN pasó de tres frentes a diez; y las FARC, de diez frentes a 31”<sup>62</sup>.

Con la llegada de Virgilio Barco a la Presidencia de la República (1986-1990), se optó por despolitizar el tratamiento del conflicto armado, acompañando la búsqueda de la paz con otro tipo de políticas sociales, intentando dar presencia del Estado y de las instituciones en las diferentes regiones del país<sup>63</sup>. No obstante, lo anterior, tal como lo enuncia el *Informe ¡Basta Ya!*, esa despolitización generó un distanciamiento con la opinión pública, incluso con la Fuerza Pública, mientras que los grupos paramilitares se potencializaban, realizando ataques a la población civil como masacres y asesinatos, con la

---

<sup>60</sup> PÉCAUT, D. “Crise, guerre et paix en Colombia” En *Problemas de l’Amérique Latine* N° 84. París abril-junio 1987. p. 8.

<sup>61</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. 2017. p. 61-62.

<sup>62</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. 2013. p. 137. En el mismo sentido se pronuncia ECHANDÍA, C. *Dos décadas de escalamiento del conflicto armado en Colombia, 1986-2006*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>63</sup> A modo de ejemplo, se puede encontrar la Ley 30 de 1986, que buscaba una reforma agraria, o la descentralización administrativa mediante la elección popular a Alcaldes y Concejales en 1988. Al respecto se puede consultar BEJARANO, J. A. “La política de paz durante la administración Barco”, en *Política, economía y desarrollo social. El gobierno Barco, 1986-1990*, (Coord.) DEAS, M. y OSSA, C., pp. 79-98, Bogotá D.C.: FEDESARROLLO-Fondo Cultural Cafetero, 1994.

anuencia del Estado<sup>64</sup>, tal como quedó probado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora CIDH) en el *Caso la Rochela*<sup>65</sup>.

Por su parte, la llegada del narcotráfico a las zonas donde tenían asiento los grupos paramilitares, produjo la provisión logística de los mismos, a modo de ejércitos privados para la protección y expansión de sus actividades ilegales a otras regiones, y con un rival en común, que eran las guerrillas, quienes en definitiva resolvieron militarise, intentando impedir su erradicación. El fenómeno del narcotráfico, no solo permeó el conflicto armado, sino que vino a cambiar la consciencia social mediante el dinero fácil y la intromisión en las élites políticas, circunstancias de las que a la fecha aun se siguen viviendo las graves consecuencias, y pasarán muchos años para que se superen.

A finales de la década de los ochenta, los narcotraficantes con el fin de impedir su extradición a los Estados Unidos de América, comienzan una gran batalla contra el Estado, cometiendo toda serie de actos terroristas, asesinando a figuras públicas, incluso al candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento<sup>66</sup>. Esta situación provocó una mayor complejidad del conflicto armado, puesto que “La penetración del narcotráfico en la organización paramilitar y los efectos que este tuvo sobre la naturaleza contrainsurgente de las autodefensas volvieron más complejo el conflicto armado, inaugurando tramas difíciles de diferenciar entre la guerra y la criminalidad organizada”<sup>67</sup>.

Simultáneamente a la grave situación que vivía Colombia, los grupos guerrilleros Quintín Lame y M-19 demostraron una debilidad militar, por ello optaron por suscribir acuerdos de paz con el Gobierno de Barco, quien impuso como condición previa para negociar el cese de hostilidades<sup>68</sup>, a cambio de amnistías y participación en política<sup>69</sup>, así como la posibilidad de modificar la Constitución. Esta decisión convirtió al M-19 como un

---

<sup>64</sup> Vid. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* 2013. p. 139 y 140.

<sup>65</sup> Vid. CIDH. *Caso Masacre de La Rochela c. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2006.

<sup>66</sup> Dentro de los actos realizados por estas estructuras se puede encontrar los homicidios de los ministros de Justicia Rodrigo Lara Bonilla en 1984, Enrique Low Murtra, en 1990, al igual que el atentado en Budapest contra el ministro de la misma cartera, Enrique Parejo González, en 1987. El asesinato del Procurador General de la Nación, Carlos Mauro Hoyos, perpetrado en enero de 1988, y los atentados en 1989 contra el edificio del DAS, contra el periódico El Espectador y la detonación de una bomba dentro de un avión de Avianca en pleno vuelo.

<sup>67</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 145.

<sup>68</sup> La guerrilla del M-19 había declarado un cese unilateral del fuego el 2 de abril de 1988.

<sup>69</sup> El 9 de marzo de 1990, a través de los Acuerdos de Corinto, se desmovilizaron 900 guerrilleros del M-19.

nuevo partido político con una gran importancia en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (mecanismo jurídico promovido por un grupo de estudiantes y políticos), que se erigió para estructurar un Estado diferente, fortaleciendo la participación democrática<sup>70</sup>, con garantías de Derechos Humanos y la inclusión social, al punto que se consagró el derecho a la paz.

Por su parte, el EPL intentó utilizar la represión militar, al tiempo que la movilización social, idea que no surtió el efecto que se esperaba. Conjuntamente a lo anterior, los diversos ataques recibidos por los grupos paramilitares, provocaron la idea de un proceso de paz con el consecuente abandono de la lucha armada, pudiendo participar también en la Asamblea Nacional Constituyente<sup>71</sup>, y la desmovilización de la gran mayoría de sus miembros se materializó en 1991, con la estructura política Esperanza, Paz y Libertad, movimiento que fue objeto de ataques por parte de las FARC, quienes consideraron la dejación de las armas como una traición<sup>72</sup>.

A su vez, contrario a lo que sucedía con los otros grupos guerrilleros, el ELN no tuvo intenciones de participar en negociaciones de paz en este periodo de tiempo, muy por el contrario, continuó desarrollando actividades armadas, principalmente en los sectores donde ya tenía cierta influencia, y buscando unirse con otros grupos como el MIR-Patria Libre. La principal consecuencia de este actuar, fue la exclusión de la posibilidad de participar en la Asamblea Nacional Constituyente. Al mismo tiempo, las FARC continuaron con la lucha armada, al ver que el Partido Unión Patriótica era casi exterminado (al punto que años después perdiera su personería jurídica<sup>73</sup>), le generó

---

<sup>70</sup> Sobre este punto, el *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad* resalta que “Con este paso se buscaba suplir la demanda histórica de apertura democrática que estaba en el origen del conflicto armado y que por tantos años había sido reclamada por vastos sectores de la sociedad. Atrás había quedado definitivamente el Frente Nacional, se creaban las bases institucionales para profundizar la descentralización política y administrativa, que se hacía extensiva a la elección popular de gobernadores. También se ponían límites a los estados de excepción que habían adquirido casi condición de permanentes con el estado de sitio y que habían favorecido la autonomía de los militares”. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 149 y 150.

<sup>71</sup> Vid. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 146 y 147.

<sup>72</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 53.

<sup>73</sup> Disposición adoptada por el Consejo Nacional Electoral en las elecciones de 2002 al no poder contar con los votos requeridos por la regulación para conservar la personería jurídica. Esta decisión fue revocada por el Consejo de Estado en 2013, al considerar que los integrantes de la Unión Patriótica fueron objeto de persecución, al punto de hacerlo desaparecer como partido político, lo que hizo imposible su participación en

suficiente desconfianza por la ausencia de garantías para participar en política, solicitaron intervenir en la Asamblea Nacional Constituyente, sin necesidad de someterse a elecciones para la conformación de la misma, lo que les negado rotundamente<sup>74</sup>.

Aunque podría creerse que con la expedición de la Constitución Política de Colombia y la finalización de la Guerra Fría, la situación cambiaría radicalmente, los grupos guerrilleros y paramilitares aumentaron significativamente la violencia, lo que para algunos puede considerarse como un periodo de recrudescimiento, que incluso llegaría hasta el año 2005<sup>75</sup>. Lo primero que hicieron fue intentar ocupar los espacios territoriales desocupados por los grupos guerrilleros desmovilizados. En el caso de las FARC, concentraron su ofensiva en tratar de acercar el conflicto hacía sectores urbanos; por su parte, los grupos paramilitares, liderados por los Hermanos Castaño aglutinaron sus esfuerzos en apoderarse del sector de Urabá y del Magdalena Medio, continuando con su ofensiva hacía las guerrillas y vinculados con sectores del narcotráfico<sup>76</sup>. Tal como lo enuncia el *Informe ¡Basta Ya!*

“El conflicto armado se transformó en una disputa a sangre y fuego por las tierras, el territorio y el poder local. Se trata de un periodo en el que la relación de los actores armados con la población civil se transformó. En lugar de la persuasión, se instalaron la intimidación y la agresión, la muerte y el destierro”<sup>77</sup>.

Durante el periodo presidencial de Ernesto Samper Pizano (1994-1998), se perdió la legitimidad total por parte del Estado, al iniciarse el proceso 8.000 que tenía como objeto determinar la participación de dineros provenientes del narcotráfico, en especial del Cartel de Cali con destino de financiación en esa campaña electoral. Esta situación fue

---

la democracia, situación que se consideraba como un atentado contra el pluralismo. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Cuarta del 4 de julio de 2013. Rad. No. 11001-03-28-000-2010-00027-00.

<sup>74</sup> Vid. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 154.

<sup>75</sup> Vid. RESTREPO, J., SPAGAT, M. y VARGAS, J., “El conflicto en Colombia: ¿quién hizo qué a quien? Un enfoque cuantitativo (1988-2003)” en *Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2006. pp. 505-542. En el mismo sentido se pronuncia GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” en *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones* Editado por RESTREPO, J. A. y APONTE, D., Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. CERAC. pp. 27-124. 2009.

<sup>76</sup> Vid. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 155.

<sup>77</sup> *Ibíd.* p. 156.

aprovechada por los actores del conflicto, al incrementar sus acciones delictivas, las cuales tuvieron un notorio avance. A pesar de la ratificación del II Protocolo de la Convención de Ginebra en 1994<sup>78</sup> y la creación del Alto Comisionado para la Paz, el Gobierno no contó con la fortuna de poder negociar con los grupos guerrilleros, quienes formulaban requerimientos que para el momento eran de difícil cumplimiento como la desmilitarización de un amplio territorio del país.

A su vez, el paramilitarismo nuevamente se revestía de cierta legalidad mediante el Decreto 356 de 1994<sup>79</sup>, el cual permitía a las Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada – CONVIVIR el porte de armas largas<sup>80</sup>, al punto que en 1997 existían aproximadamente 414 de estos grupos, autorizados por el mismo Estado<sup>81</sup>. Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 572 de 1997, puesto que el uso de este tipo de artefactos está restringido a la Fuerza Pública, y ordenó su inmediata devolución<sup>82</sup>.

Este fallo provocó que muchos de los grupos conformados pasaran a la ilegalidad, uniéndose con paramilitares<sup>83</sup>, para luego conformar las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC. Posteriormente se conocería que estos colectivos en 1997 desarrollaron varias masacres, como las de *Mapiripán*<sup>84</sup> o la de *El Aro*<sup>85</sup>, donde quedó probado que la Fuerza Pública para responder a la ofensiva guerrillera, principalmente de las FARC, permitieron por acción o por omisión, que las operaciones militares se llevaran a cabo, incluso violando Derechos Humanos<sup>86</sup>, así que para el final de la década de los 90, contenían un gran poder territorial<sup>87</sup>. Unido a lo anterior, las AUC permearon las élites políticas del país en diversas

---

<sup>78</sup> Mediante Ley 171 de 16 de diciembre de 1994.

<sup>79</sup> La finalidad de este Decreto era vitar la comisión de delitos como el secuestro, la extorsión, el asesinato, los actos terroristas.

<sup>80</sup> Algunos como RÍOS SIERRA enuncian que las CONVIVIR para 1997 contaban con unos 120.000 miembros. Cfr. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 62.

<sup>81</sup> Incluso, para el año 1997 se lograban contabilizar 19 grandes “bloques” paramilitares.

<sup>82</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 572 de 7 de noviembre de 1997.

<sup>83</sup> Aquí se pueden destacar líderes como Salvatore Mancuso, Rodrigo Tovar Pupo alias “Jorge 40”, Diego Vecino y Rodrigo Peluffo alias “Cadena”.

<sup>84</sup> CIDH. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

<sup>85</sup> CIDH. *Caso Masacres de Ituango C. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006.

<sup>86</sup> Al respecto se puede consultar Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. *Sentencia contra José Barney Veloza García*. Radicación: 110016000253200680585, 31 de enero de 2012.

<sup>87</sup> Sobre este punto se puede consultar RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 156-174.



regiones del país<sup>88</sup>, al punto que en las elecciones de 2002 algunos de los candidatos que obtuvieron su respaldo fueron elegidos, logrando obtener una tercera parte del Congreso de la República<sup>89</sup>. A modo de conclusión, se comparte la posición del *Informe ¡Basta Ya!* *quela* existencia de los grupos paramilitares fue un fenómeno de carácter reactivo, preventivo y oportunista<sup>90</sup>.

Por el lado de los grupos guerrilleros las cosas no fueron por un lugar diferente. Las FARC en el sector del suroriente de Colombia concentraron su poder económico, fundamentalmente en el narcotráfico y crecieron ostensiblemente, pasando casi a unos 20.000 combatientes y con una presencia en más de 600 municipios<sup>91</sup>. Sus acciones delictivas se concentraron en los secuestros, extorsiones, ataques a la infraestructura eléctrica y a los puestos de policía en los municipios<sup>92</sup>, provocando inestabilidad, al punto que las elecciones territoriales de 1997 sucedieron en medio de la zozobra y con acuerdos

---

<sup>88</sup> Al respecto se puede consultar ROMERO, M y VALENCIA, L. *Parapolítica: La Ruta De La Expansión Paramilitar Y Los Acuerdos Políticos*, Bogotá, D.C.: Ed. Intermedio, 2007. y RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 174-183.

<sup>89</sup> Lo mismo sucedió con las elecciones territoriales de 2003, donde según los estudios revelados en el *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad* lograron obtener 250 alcaldías y 9 gobernaciones. Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 160.

<sup>90</sup> Al respecto enuncia “(...) Reactivo, porque el asedio y la presión de las FARC sobre las élites regionales dentro de su proyección militar y su expansión territorial llevaron a esas élites a apoyar a los grupos paramilitares para contener la erosión de sus intereses y la inviabilidad económica de sus regiones. Preventivo, porque las élites regionales vieron en el proceso de paz del Gobierno de Andrés Pastrana un arreglo político que iba en detrimento del statu quo; sentían que este proceso aceleraba el crecimiento de las FARC y que una eventual institucionalización del poder político y militar de ese grupo desvertebraría su poder en las regiones. Además, veían que su reclamo por el abandono del Estado no era escuchado y, por el contrario, este no solo permitía que las FARC los agrediera, sino que propiciaba desde Bogotá su ensanche. El paramilitarismo también fue oportunista porque el control territorial permitía el ascenso social, económico y político de los grupos paramilitares como élites emergentes con proyección regional y nacional, en particular de sus altos mandos, o hacía posible el enriquecimiento de los mandos medios, a través del crimen y la captura de rentas. Pero además las AUC sirvieron a los narcotraficantes como vehículo para alcanzar el reconocimiento social y político al que nunca habían renunciado”. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 160 y 161.

<sup>91</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 162.

<sup>92</sup> Dentro de las principales incursiones se encuentran: 1. El 15 de abril de 1996, en Puerres (Nariño) al menos 150 insurgentes de las FARC y el ELN atacan con explosivos a una unidad del ejército, donde 31 militares mueren calcinados. 2. Entre el 30 de agosto – 31 de agosto de 1996 a la base militar de "Las Delicias", en el Putumayo se registraron 27 muertos y 60 secuestrados. 3. El 21 de diciembre de 1997, atacan una base del Ejército en el cerro de Patascosy (Nariño), donde mueren 11 militares y 18 son secuestrados. 4. Entre el 1 – 3 de marzo de 1998, un ataque en El Billar (Caquetá) deja 64 militares muertos y 43 secuestrados, considerada como la mayor derrota del ejército en el conflicto. 5. El 1 de noviembre de 1998 ocupa Mitú, capital del departamento de Vaupés, donde mueren 16 policías y 61 más son secuestrados.

con ciertos candidatos<sup>93</sup>. Cabe resaltar que, en el mismo año, el gobierno de Estados Unidos de América catalogó a las FARC como grupo terrorista extranjero.

En el caso del ELN, realizaron hostilidades similares a las FARC, no obstante, no tuvieron el mismo efecto e impacto. Lo que si se puede destacar es el crecimiento que este grupo denotó en estas fechas, que ya podrían contar con unos 5.000 miembros<sup>94</sup>, y su inclusión en la lista de grupos terroristas por parte de la Unión Europea en 2002, de la cual a la fecha aun no ha sido excluido<sup>95</sup>.

En el año 1998 llega a la Presidencia de la República Andrés Pastrana Arango, quien fue elegido por su decisión de buscar una solución pactada al conflicto armado, política frente que abrió las puertas a una nueva etapa dentro del mismo, en la medida que tuvo una motivación dirigida hacia la paz y finalización por medio de la negociación, no obstante los actores del conflicto, en especial las FARC, continuaron realizando hostilidades y aprovecharon la buena voluntad del Gobierno para fortalecerse como lo veremos en el epígrafe posterior.

Como se puede observar, en este periodo de tiempo la confrontación armada pasó de tener dos a tres actores fundamentales (guerrillas, paramilitares y Estado), lo que recrudeció la violencia, se expandió por varios territorios del país y promovió un mayor número de acciones delictivas, con graves infracciones a los Derechos Humanos.

### **1.3.- La desmovilización y transformación de las AUC y la negociación con las FARC – EP (2000 – 2019)**

Las posibilidades de negociación abiertas en el gobierno de Andrés Pastrana Arango con las FARC-EP, quienes solicitaron como primer paso la desmilitarización de la zona del

---

<sup>93</sup> El *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad* al respecto expresa “(...) Establecieron relaciones de intercambio con la población civil al realizar acuerdos con candidatos a alcaldes, con el fin de permitir o no el desarrollo de actividades proselitistas a cambio de beneficiar determinadas zonas con obras, desarrollar clientelismos, entre otros aspectos. Así mismo, ejercieron vigilancia a las administraciones locales, en varios casos enjuiciando, secuestrando y asesinando a los alcaldes de distintos municipios”. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 165.

<sup>94</sup> Cfr. LAIR, E. “Colombia: una guerra contra civiles” en *Colombia Internacional*, 49-50 (Mayo 2000): 135-147. <https://doi.org/10.7440/colombiaint49-50.2000.07>

<sup>95</sup> DECISIÓN 2009/1004/PESC del Consejo de 22 de diciembre de 2009 por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. DOUE L 346/58 de 23 de diciembre de 2009.

Caguán<sup>96</sup> (denominada también zona de distención), resulta ser el punto de inicio de esta última etapa del conflicto armado en Colombia, puesto que se aceptó pactar sin cese de la violencia. Si bien es cierto, una salida en estas condiciones era aprobada por la comunidad internacional y nacional, por el gran optimismo que ello generaba, todo se vio truncado con el actuar equivocado de las FARC-EP, quienes consideraban la aun la oportunidad de tomar el poder por las armas y aprovecharon el espacio territorial entregado para resguardarse y continuar delinquiendo (principalmente cometiendo extorsiones y secuestros), esconder secuestrados e instruir combatientes<sup>97</sup>, lo que probablemente recrudeció la violencia, en la medida que las AUC comenzaron a posicionarse en lugares aledaños de la zona de distención<sup>98</sup>, lo que luego de tres años concluyó con el fracaso del proceso.

Por su parte, la Fuerza Pública tuvo una renovación considerable, fomentada por el apoyo de los Estados Unidos de América con el denominado “Plan Colombia”<sup>99</sup>, a lo que las FARC-EP entendieron como una declaración abierta de guerra, principalmente por el componente de lucha contra el narcotráfico que tenía de fondo esta política, por medio de la fumigación de cultivos ilícitos<sup>100</sup>. En este momento se evidencia un incremento en las muertes en combate de los guerrilleros debido a la profesionalización de las Fuerzas Militares<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> Decisión adoptada mediante Resolución 85 de 14 de octubre de 1998. Este sector, denominado como “zona de distención” tenía aproximadamente 42.000 km<sup>2</sup>, es decir, el tamaño territorial de Estados como Suiza.

<sup>97</sup> Cfr. PIZARRO LEONGÓMEZ, E. *Las Farc (1949-2011): de guerrilla campesina a máquina de guerra*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2011. p. 264. Al respecto también se puede consultar GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” *Óp. Cit.* p. 40 y ss.

<sup>98</sup> Cfr. GONZÁLEZ, F. E., BOLÍVAR, I. J. y VÁSQUEZ, T. *Violencia Política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá D.C.: CINEP, 2001.

<sup>99</sup> El “Plan Colombia” fue una iniciativa del gobierno de Bill Clinton, en el año 2000, para combatir la producción de droga en Colombia, principalmente en el sur del país. Se proponía invertir alrededor de un billón de dólares a lo largo de los dos años siguientes, que estarían destinados a la compra de equipamiento militar y las campañas de erradicación de cultivos. Al respecto el *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad* expresa que “El énfasis militar del Plan Colombia se evidenciaba en la destinación del 74% de su presupuesto al fortalecimiento militar (60%) y policial (14%), mientras que para inversión social solo se asignaba un 26%, del cual un 8% se destinaba a desarrollo alternativo”. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. *Óp. Cit.* p. 167.

<sup>100</sup> En varias zonas del país se ordenó “paros armados”, lo que generó graves consecuencias humanitarias, puesto que los pobladores se encontraban bajo un bloqueo que les impedía acceder a sus necesidades básicas.

<sup>101</sup> Al respecto se puede consultar GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” *Óp. Cit.* p. 40-42.

Pero el instante más delicado, fue el secuestro de un grupo de norteamericanos el 9 de marzo de 1999 realizado por parte de las FARC-EP, ya que el Gobierno de Estados Unidos de América perdió la confianza en el proceso de paz. Por su parte, los grupos paramilitares presionaban al Gobierno de Pastrana, con el fin de poder tener el mismo trato que las FARC-EP, grupo guerrillero que rechazó esta posibilidad y suspendió cualquier negociación, generando una ofensiva sin precedentes, fundamentalmente con actos terroristas (carros bomba y ataques en centros urbanos), secuestros y extorsiones, y asaltos bélicos en lugares apartados, donde la reacción militar era lenta. Al punto que, en febrero del 2002, con el secuestro del parlamentario Jorge Eduardo Gechem Turbay, el presidente Pastrana decidió cancelar cualquier negociación con las FARC-EP y la retoma de la zona desmilitarizada.

Al tiempo de la negociación, los grupos paramilitares realizaron una ofensiva dirigida a expandirse territorialmente, principalmente hacía el sur del país, zona que había sido ocupada históricamente de las guerrillas<sup>102</sup>. Esta acción produjo una gran cantidad de muertes y masacres (como la del corregimiento El Salado o la de la inspección de El Tigre), y desplazamientos forzados, de manera que para el año 2000 ya tenían “Bloques” ubicados en regiones donde antes no poseían presencia, financiados por narcotraficantes<sup>103</sup>. Esta expansión territorial trajo como consecuencia el paso a ser un actor nacional dentro del conflicto, más no regional o local como se venía desempeñando, llegando a casi 8.000 efectivos de las AUC.

A su vez, el ELN tuvo tibios acercamientos de paz (puesto que siempre este grupo estuvo relegado a un segundo plano), solicitando que se despeje militarmente un sector al sur del Departamento del Bolívar, no obstante, estos se vieron opacados por los actos delictivos que continuaron realizando, dentro de los que se pueden destacar ataques al oleoducto y secuestros como el del avión de Avianca en abril de 1999 o el de los feligreses en la iglesia Santa María en Cali en mayo de 1999<sup>104</sup>. Lo que parece evidente, es que

---

<sup>102</sup> Al respecto se puede consultar Ibíd. p. 44-47.

<sup>103</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 172.

<sup>104</sup> Cfr. Ibíd. p. 173.

durante este periodo de tiempo el ELN tuvo un serio debilitamiento militar y territorial, como resultado de la ofensiva militar y paramilitar en los sectores donde tenía su actuar<sup>105</sup>.

En este periodo de tiempo, el conflicto armado denotó una violencia desmedida puesto que

“(…) entre 1998 y 2002 se produjeron 17.818 infracciones al derecho internacional humanitario y 17.043 violaciones de los derechos humanos; las violencia política y social se cobró 18.595 víctimas en estos cinco años y las víctimas en acciones bélicas representaron 14.342 muertes. Del mismo modo, entre 1998 y 2002 se registraron 729.928 desplazamientos forzados”<sup>106</sup>.

La imposibilidad de lograr un acuerdo de paz con las FARC-EP, y el rechazo y descontento social por las acciones realizadas por este grupo, llevaron a que en el año 2002 llegara a la presidencia Álvaro Uribe Vélez, con la idea denominada “Política de Seguridad Democrática”<sup>107</sup>, plan promovido en sus dos periodos presidenciales (2002-2010) era considerada como la mayor ofensiva contra las guerrillas en toda la historia de Colombia, puesto que contenía pensamientos dirigidos a la recuperación territorial bajo una gran ofensiva militar, descartando cualquier tipo de negociación, no obstante al final no lograría el objetivo final de darles un golpe definitivo, puesto que la presión militar no llegó a ser suficiente para lograr su desintegración<sup>108</sup>. Como afirma el *Informe ¡Basta Ya!*

“Su propuesta de la recuperación militar del territorio combinaba la profundización de la guerra contra las guerrillas —a las cuales negaba cualquier carácter político e ideológico— con la

---

<sup>105</sup> Al respecto se puede consultar GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” *Óp. Cit.* p. 42 y 43.

<sup>106</sup> RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 84.

<sup>107</sup> Al respecto se puede consultar: CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. *Óp. Cit.* p. 179-180; GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” *Óp. Cit.*; RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 86 y ss. y VARGAS VELASQUEZ, A. “La especificidad colombiana: la seguridad democrática” en *Seguridad Humana y Nuevas Políticas de Defensa en Iberoamérica*, Ed. por I. Sepúlveda, Madrid: Ed. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – Uned, pp. 121-150, 2007.

<sup>108</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. *Óp. Cit.* p. 179. Al respecto también se puede consultar GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” *Óp. Cit.* p. 53-56.

desmovilización de los paramilitares por medio de unas polémicas negociaciones, cuyos resultados han sido inciertos y desiguales en el territorio nacional”<sup>109</sup>.

Esta modificación de la estructura del conflicto (a pesar que durante este Gobierno se negó la existencia del mismo, y se trataba a los grupos guerrilleros como terroristas), produjo que las guerrillas deban reacomodarse tácticamente, principalmente con el traslado de sus filas a los sectores fronterizos con otros países, y lograron resistir a la ofensiva<sup>110</sup>. Los resultados se vieron rápidamente, al darse duros golpes estratégicos<sup>111</sup>, que incluso terminó en una crisis de liderazgo, una reducción considerable en el actuar delictivo de estos grupos, disminuyendo los secuestros, extorsiones<sup>112</sup>, y la presencia institucional se vio reforzada con la recuperación del control por parte de la Fuerza Pública, quienes mostraron una superioridad bélica<sup>113</sup>.

No obstante, la necesidad de mostrar resultados por parte de la Fuerza Pública evidenció una insistencia en otros actos como los desplazamientos forzados y detenciones arbitrarias, incluso surgiendo delitos por parte de miembros del Estado, haciendo pasar como combatientes a civiles, lo que se denominó “falsos positivos”<sup>114</sup>, circunstancia que denotó graves violaciones a lo Derechos Humanos, ya no solo de los grupos ilegales, sino de las Fuerzas Militares y Policía Nacional<sup>115</sup>.

---

<sup>109</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 178.

<sup>110</sup> Al respecto se puede consultar GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” Óp. Cit. p. 48 y ss; ÁVILA, A. “La guerra de las FARC y la guerra contra las FARC”, en *Arcanos* 15 (2009): pp. 4-21.

<sup>111</sup> Dentro de los cuales se puede encontrar la Operación Fénix en 2008, donde fue dado de baja alias “Raúl Reyes”, considerado segundo comandante de las FARC; la Operación Jaque, donde fueron rescatados 15 secuestrados a manos de las FARC; la Operación Sodoma en 2010 donde fue dado de baja alias “Mono Jojoy”, considerado líder militar de las FARC y la Operación Odiseo en 2012, donde se dio la muerte del líder máximo de las FARC para ese momento, alias “Alfonso Cano”.

<sup>112</sup> Cfr. GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” Óp. Cit. p. 63-66.

<sup>113</sup> La profesionalización de las Fuerzas Armadas y la colaboración de los Estados Unidos de América fueron determinantes para este proceso. La Policía Nacional para el año 2010 contaba con 160.000 efectivos, mientras que las Fuerzas Militares 270.000. Para ello se impusieron incluso nuevas cargas tributarias mediante la Ley 1111 de 2006, con inversiones en armamento hasta el año 2009. Vid. GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” Óp. Cit. p. 77.

<sup>114</sup> Aspecto potenciado por la Directiva 029 de 2005 emitida por el Ministerio de Defensa, donde se remuneraba económicamente a los miembros de las Fuerzas Armadas conforme al número de bajas presentadas y por la resistencia de la Jurisdicción Penal Militar de investigar y sancionar estos actos.

<sup>115</sup> Cfr. Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP). *The Legacy of Uribe's Policies: Challenges for the Santos Administration*. Bogotá D.C.: CINEP, 2010. p. 3; GRANADA, S., RESTREPO, J. A.,

Por otro lado, se introdujo la posibilidad de adelantar una negociación con los grupos paramilitares denominado “Pacto de Santa Fe de Ralito”, el cual se plasmó en la Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz. No obstante, este proceso no obtuvo los resultados deseados, en la medida que en ciertos sectores del país se dieron nuevos rearmes y se continuó con las actividades ilícitas, incluso con la benevolencia del Estado, y posteriormente se adoptó la decisión por parte del gobierno de extraditar a los máximos líderes paramilitares a los Estados Unidos de América por el delito de narcotráfico, en menoscabo de los derechos a la justicia y verdad de las víctimas. Adicionalmente, en el año 2006 estalló el escándalo de la “Parapolítica”, fenómeno que demostró la participación de los grupos paramilitares y narcotraficantes colaborando con políticos en diversos sectores del país<sup>116</sup>.

En conclusión, en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, el proceso de terminación del conflicto giró entorno a una guerra contra los grupos guerrilleros; la desmovilización de los grupos paramilitares, que mutaron en Bandas Criminales – BACRIM; y un total fracaso de negociación con el ELN.

Ante la imposibilidad de un nuevo periodo presidencial<sup>117</sup>, el Ministro de Defensa del segundo periodo de Uribe Vélez, Juan Manuel Santos, se hizo elegir como presidente en 2010, bajo una idea de continuar con las políticas formuladas por su antecesor y recogiendo sus banderas, aprovechando la gran favorabilidad que contaba Uribe Vélez, la cual se calculaba en un 68% de aprobación. No obstante, en lo que tiene que ver el conflicto armado la idea fue muy diferente (al punto que tuvo la calificación de conflicto armado interno como se verá posteriormente), y al vislumbrarse la imposibilidad de una victoria bélica por parte del Estado, se adoptó la decisión de desarrollar un acuerdo de paz con las

---

VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” *Óp. Cit.* p. 49 y ss.; RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia, Óp. Cit.* p. 95 y ss.

<sup>116</sup> A pesar que para el año 2011, aproximadamente 40 políticos habían sido condenados por parapolítica, La Defensoría del Pueblo de Colombia consideraba que para el año 2015 se creería que aproximadamente en casi 200 municipios podría persistir estos vínculos. Cfr. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia, Óp. Cit.* p. 100 y 101.

<sup>117</sup> Mediante Ley 1354 de 2009 se pretendía convocar a un referendo para permitir la reelección por otro periodo adicional. Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 141 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

FARC-EP, el cual fue suscrito a finales del año 2016<sup>118</sup> y abrir las puertas de negociación con el ELN, aprovechando la recuperación por parte del Estado de varias zonas del país, el descenso de las tasas de criminalidad y la imposibilidad de lograr un final del conflicto por la vía armada, debido a la capacidad que tuvieron los grupos insurgentes de entender los nuevos escenarios en que se desempeñaba la contienda bélica, y quienes comprendieron también que no era posible tener una victoria con las armas.

Durante parte de este periodo (2010-2016), se dio una reducción en la violencia, concentrándose mayoritariamente en los sectores denominados periféricos, donde existían grandes cultivos destinados al narcotráfico, principalmente de mata de coca. A su vez, la reducción de efectivos de los diferentes grupos armados ilegales se notó considerablemente, a modo de ejemplo las FARC-EP tenían aproximadamente 8.000 efectivos, cuando en su mejor momento llegaron a ser casi 20.000, con presencia en casi 400 municipios; el ELN casi 2.000, cuando llegaron a tener casi 4.000 asentados en unos 130 municipios; y las AUC, que se suponía se encontraban desmovilizadas<sup>119</sup>, tomaron una cara diferente, conformada por miembros disidentes, conformando las llamadas Bandas Emergentes o BACRIM, principalmente dedicadas al narcotráfico<sup>120</sup>.

Respecto a estos últimos grupos, se hace necesario aclarar que aproximadamente actualmente contienen poco mas de 4.000 combatientes, con una herencia territorial generalmente ubicada donde se encontraban las AUC, lo que en el fondo pone en tela de juicio el proceso de paz y la desmovilización realizada con los paramilitares en el Gobierno de Uribe Vélez, y es un reto en lo que vendrá con el proceso de paz con las FARC-EP, para procurar no incurrir en las mismas equivocaciones<sup>121</sup>.

Si bien es cierto el conflicto armado se ha transformado con el paso del tiempo, resulta muy importante entender las razones que han promovido esta contienda, más allá del desarrollo cronológico, en la medida que las condiciones vividas por Colombia son muy

---

<sup>118</sup> Cfr. GONZÁLEZ GIRALDO, M. *La historia secreta del proceso de paz*, Bogotá D.C.: Ed. Intermedio, 2016. p. 24.

<sup>119</sup> Aproximadamente 33.000 combatientes paramilitares se desmovilizaron con la Ley de Justicia y Paz.

<sup>120</sup> Cfr. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 107 y ss.

<sup>121</sup> Vid. *Ibíd.* p. 184 y ss.



diferentes a otras disputas bélicas que han sucedido en la historia internacional, al punto que en la sociedad se considera que la violencia colombiana es estructural<sup>122</sup>.

## **2.- Los factores del conflicto armado colombiano**

La larga duración del conflicto colombiano determina que los factores o causas que lo generaron sean de múltiples connotaciones. Justamente, esta razón hace que el análisis de esta contienda bélica sea tan compleja, puesto que como se ha observado en líneas anteriores, las circunstancias han sido cambiantes y disimiles de acuerdo al lugar o espacio de tiempo donde nos encontremos, más aún cuando no existe un consenso claro frente al momento exacto donde se dio inicio a la confrontación y la carencia de un componente único que explique las razones de la existencia del mismo<sup>123</sup>.

La sociedad colombiana desde el inicio de la historia registra una relación hostil mediante la cual se ha construido la Nación, donde los crímenes han estado presentes. Justamente, en lo que se puede considerar el inicio de la confrontación, es decir el periodo de *La Violencia*, parecería que las causas que la generaron fueron las dificultades agrarias que vivía el país en aquel entonces. Posteriormente, con el surgimiento de las guerrillas de las FARC y ELN (con el impacto de la Revolución Cubana y las ideas comunistas propias del periodo de la Guerra Fría), el propósito resulta ser desafiando al Estado derrocar la organización política tradicional, ante la imposibilidad de participación política, quienes con el pasar de los años, también modificaron su forma de actuar ante la expansión del tráfico de drogas y el nacimiento de los grupos paramilitares, que surgieron como medida del imaginario anti-insurgente (o anti-Soviético) y como consecuencia de la inexistencia del Estado en algunos territorios, donde la población civil debió acudir a ellos para buscar protección.

---

<sup>122</sup> Frente a las causas de violencia desde una perspectiva de la conducta humana se puede consultar BAUER, J. *La violencia cotidiana y global*, Barcelona: Plataforma editorial, 2013.

<sup>123</sup> COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Óp. Cit.* En el mismo sentido se pronuncia DE ZUBIRÍA SAMPER, S., *Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano*. Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015. p. 4 y ss.; OQUIST, P. *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá D.C.: Biblioteca Banco Popular, 1978; y DÍAZ BARRADO, C. FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. (Coord.), *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, Getafe: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, 2013.

En ese sentido se pronuncia la *Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, afirmando que la multiplicidad de componentes tanto objetivos como subjetivos, internos y externos, económicos y políticos, permiten a los actores armados contar con el apoyo y reclutar miembros, lo importante es evidenciar aquellos factores que sean determinantes y relevantes lo que para el caso de Colombia “(...) pone en evidencia la insuficiencia de las explicaciones monocausales”<sup>124</sup>, que a diferencia de lo que sucedía en la mayoría de los países de Latinoamérica

“(...) no eran ni la pobreza, ni la desigualdad de los ingresos, ni la presencia de los Estados Unidos, rasgos todos comunes a América Latina en los años ochenta. Fue una combinación de factores y actores con diversas estrategias e intereses, en una coyuntura determinada, la que iría a favorecer esta nueva eclosión de múltiples violencias”<sup>125</sup>.

En lo que existe consenso, es que hay elementos que han permitido la persistencia del conflicto, los cuales, si se quiere llegar a una paz definitiva, deben ser eliminados. Este punto también ha sido de discusión, incluso recientemente se puso de manifiesto en el Acuerdo Final suscrito con las FARC-EP, expresando

“Reparando que, a juicio del Gobierno Nacional, las transformaciones que habrá de alcanzarse al implementar el presente Acuerdo deben contribuir a revertir los efectos del conflicto y a cambiar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio; y que a juicio de las FARC-EP dichas transformaciones deben contribuir a solucionar las causas históricas del conflicto, como la cuestión no resuelta de la propiedad sobre la tierra y particularmente su concentración, la exclusión del campesinado y el atraso de las comunidades rurales, que afecta especialmente a las mujeres, niñas y niños”<sup>126</sup>.

En ese sentido, es importante traer a colación lo enunciado por el *Informe ¡Basta Ya!*, que al respecto afirma

“Es una historia larga que resulta difícil de explicar, no solo por su carácter prolongado, sino porque, a diferencia de conflictos armados y guerras en otros países, en el caso colombiano emergen y se entrecruzan diversos factores que alientan la guerra. Por un lado, están los factores económicos, por ejemplo, aquellos vinculados con la tenencia y el uso de la tierra; con los beneficios derivados de la explotación agrícola, minera y energética, o con la captura de rentas vinculadas con

---

<sup>124</sup> Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Óp. Cit.* p 51.

<sup>125</sup> *Ibíd.* p. 54.

<sup>126</sup> Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. Bogotá D.C. p. 3.

actividades ilegales como el contrabando y el narcotráfico. Por otro lado, están los factores políticos: el cierre de los espacios de participación; el persistente rechazo, instrumentalización, asedio y ataque a las formas legítimas de organización social, de oposición y de reclamo, o la cooptación e instrumentalización de la institucionalidad pública en función de intereses privados, o para amparar la ilegalidad”<sup>127</sup>.

Este listado meramente enunciativo, se encuentra sumado al narcotráfico y aspectos externos e internacionales, como son las ideologías contrapuestas enunciadas en el periodo Guerra Fría<sup>128</sup>, que influyeron en lo que se denominaba Guerrillas Revolucionarias y más recientemente la lucha contra el terrorismo<sup>129</sup>. Lo trascendental es verificar la forma como se puede incidir directa o indirectamente en una terminación definitiva del conflicto y lograr una paz estable y duradera, fundamentalmente adelantando acciones que promuevan este objetivo, conforme a cada una de las circunstancias que han promovido la confrontación.

En las siguientes líneas se analizará de una forma más detallada las causas políticas e institucionales, la presencia del narcotráfico como catalizador del conflicto y los factores económicos y sociales, puesto que han persistido en el tiempo, entendiendo que cada una por si sola no tendría la capacidad suficiente como para considerarse el factor exclusivo de la existencia del conflicto armado en Colombia.

## **2.1.- Factores políticos e institucionales**

El conflicto armado colombiano tiene una naturaleza política, con cimientos sociales e históricos. Bajo esta óptica, concurren grupos con ideologías socialistas o revolucionarias que pretendían en un comienzo confrontar el Estado, incluso reemplazarlo, ante la incapacidad de las instituciones públicas de solventar las necesidades de la sociedad, al punto que algunos actores del conflicto funcionaban como un “Estado paralelo”, regulando conductas de la población en general como los horarios de apertura de los establecimientos de diversión, problemas de linderos de las propiedades, etc., mediante

---

<sup>127</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 192.

<sup>128</sup> Respecto a la influencia del conflicto vivido en la Guerra Fría en el caso colombiano, se puede consultar GONZÁLEZ CEPEDA, L. “La Guerra Fría en Colombia. Una periodización necesaria” En *Revista Historia y Memoria*, N°. 15. Año 2017, pp. 295 – 330, Tunja – Colombia; PEREYRA, D. *Del Moncada a Chiapas*, 2ª edición. Madrid: Libros de las cataratas, 1995.

<sup>129</sup> En ese sentido se pronuncia VARGAS VELASQUEZ, A. *Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas*, Bogotá D.C.: Intermedio Editores, 2002. p. 244 y 245.

manuales de convivencia y donde los jueces a quienes acudían los moradores de esos sectores eran los líderes guerrilleros o paramilitares.

Justamente una de las formas de explicar las causas del conflicto armado colombiano, es desde la ausencia del Estado, que para VACAS ha tenido carencias

“(…) en primer lugar, del Estado mismo, en relación a las funciones que debe desempeñar en materia de cohesión política y social, de generación y aportación de servicios públicos, de control efectivo y de seguridad. Ausencia y/o carencias, en segundo lugar, de democracia real tanto a nivel nacional como regional y local”<sup>130</sup>.

Relacionado con lo anterior, la *Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, consideró que hay una serie de razones que permiten deducir el porqué el Estado no ha podido cumplir con sus deberes legales y constitucionales, determinando que son “(a) la eficacia para obtener los recursos necesarios para el adecuado funcionamiento de las instituciones públicas; (b) el tamaño y la calidad de la fuerza pública; y, (c) la integración efectiva del territorio mediante una infraestructura adecuada”<sup>131</sup>.

Como se puede observar, la ausencia del Estado se ha reflejado en varios aspectos, dentro de los que se puede destacar la falta de presencia en muchos sectores del país, conllevando la carencia de seguridad, principalmente porque el Estado colombiano históricamente se ha caracterizado por tener una centralización en el poder y el bajo gasto militar en el momento que surgieron las guerrillas<sup>132</sup>. Ello llevó que el espacio dejado a la deriva, sea suplido por otros grupos, ya sean guerrillas o paramilitares, generando una privatización de la seguridad y la imposición de reglas que no provenían propiamente de las instituciones públicas, situación que actualmente se puede comprobar en algunos lugares del país. Incluso esa podría ser la razón por la cual se han expedido diversas normas que legitimaban el uso de las armas, como idea complementaria de la lucha insurgente, como se enunció en líneas anteriores.

---

<sup>130</sup> VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. *Óp. Cit.* p. 92.

<sup>131</sup> COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 62.

<sup>132</sup> En ese sentido se pronuncia GIRALDO, J. *Política y guerra sin compasión*. *Óp. Cit.*

En la teoría del Estado, se ha considerado que éste monopoliza la coacción legítimamente<sup>133</sup>, justamente para que no sea ejercida por los particulares, rodeado de una legalidad, es decir un Estado de Derecho que se materializa con el ordenamiento jurídico y una aceptación social (legitimidad). Estos puntos en Colombia no se daban con claridad, al punto que podría hablarse de una carencia institucional. Al respecto VARGAS VELÁSQUEZ, PABÓN, ESCOBAR LLANOS y MENDÍVIL expresan

“(…) la precariedad de la presencia del Estado o a su sola presencia traumática, expresada casi siempre en un Estado coercitivo y no en uno que da respuestas a las carencias y demandas sociales. Esto ha llevado a que en el mismo espacio nacional coexistan territorios con una amplia regulación estatal, junto con "territorios vacíos" en el sentido de ausencia de un ente regulador que represente los intereses generales. En esos espacios se ha posibilitado el que su orden entre a ser regulado por entes privados con capacidad coercitiva”<sup>134</sup>.

La idea de permitir que agentes externos al Estado puedan hacer uso de las armas, sin lugar a dudas ha sido un factor que ha colaborado con la continuación del conflicto en Colombia, principalmente en lo que respecta a los grupos paramilitares, quienes se mantuvieron gracias a factores como

“(…) La insubordinación de élites rurales legales, que se sentían desprotegidas por parte del Estado frente al secuestro y la extorsión; (b) el protagonismo de élites ilegales, en especial las mafias de las drogas ilícitas; (c) la participación de amplios sectores de la clase política y (d) la participación de miembros de las agencias de seguridad del Estado”<sup>135</sup>.

En lo que tiene que ver con el sistema político, es indiscutible que este aspecto contribuyó en mayor medida al conflicto armado, al punto que ha sido calificado por algunos como con “raíces políticas”, a pesar de la existencia de ciertos actores que tenían objetivos eminentemente criminales<sup>136</sup>. Como se explicó en líneas previas, los partidos políticos tradicionales, en procura de obtener el poder, recurrieron a la violencia<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> WEBER, M. *Economía y sociedad*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987. pp. 43-45 y 1056-1060.

<sup>134</sup> VARGAS VELÁSQUEZ, A., PABÓN, N., ESCOBAR LLANOS, P., y MENDÍVIL, L., “Colombia. El caso colombiano”, en *La administración de la defensa en América Latina. Vol. II Análisis nacionales*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellardo, 2008. p. 121.

<sup>135</sup> COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 65.

<sup>136</sup> *Ibíd.* p. 47.

<sup>137</sup> Vid. DUNCAN, G., “Una visión alternativa al conflicto colombiano”, *Razón Pública*, 8 de marzo de 2009.

Bajo este concepto, Colombia a pesar de no haber sufrido dictaduras (a diferencia de lo que sucedió en varios países de América) y parecía tener una democracia relativamente estable, se acudió a la violencia para erradicar al contendor político<sup>138</sup>, cerrando la posibilidad que grupos diferentes puedan participar<sup>139</sup>. El único escenario que en principio se podría considerar represivo fue el Frente Nacional, donde se excluyó a quienes no tuvieran una filiación política liberal o conservadora, casi creando una jerarquización de los ciudadanos, y que de acuerdo con el *Informe ¡Basta Ya!*,

“En este escenario social y político, el propósito de eliminar los grupos de bandoleros y guerrilleros adquirió protagonismo, mientras que el de las reformas sociales y económicas —entre ellas las relacionadas con la reestructuración de la tenencia de la tierra y la modernización de la industria agrícola— quedó aplazado. El reducido alcance de las reformas sociales y económicas, y el escenario de represión militar y de restricción política del Frente Nacional, sirvieron de caldo de cultivo de la vía armada y de la radicalización de algunos sectores políticos de la izquierda”<sup>140</sup>.

Justamente el Frente Nacional no logró el objetivo de fomentar programas de reformas sociales, provocando una pérdida de apoyo por parte de la sociedad, lo que llevó a su finalización, y en cierta medida justificó que se acudiera al uso de las armas, por parte de los grupos estudiantiles, con ideologías de izquierda, sectores sindicales, y los remanentes de las guerrillas liberales, situación que marcó el nacimiento de diversos actores del conflicto como se explicó en líneas previas. Este punto persistió décadas después, donde algunos colectivos siguieron la misma idea de tomarse el poder por las armas, pese a tener orígenes y objetivos diversos, como reacción al marginamiento político.

No obstante, en los últimos años, esa idea se ha visto cuestionada por la comunidad y sociedad en general, principalmente por los actos violentos que ha desarrollado, al punto que se les ha considerado como grupos terroristas. No obstante, en medio del proceso de paz adelantado con las FARC-EP, se les permitió en el Acuerdo Final participar en

---

<sup>138</sup> Vid. VARGAS VELÁSQUEZ, A., PABÓN, N., ESCOBAR LLANOS, P., y MENDÍVIL, L., “Colombia. El caso colombiano”, *Óp. Cit.* p. 126 y 127.

<sup>139</sup> Cfr. OQUIST, P. *Violencia, conflicto y política en Colombia. Óp. Cit.*

<sup>140</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 120.

política<sup>141</sup>, decisión que ha sido objeto de múltiples críticas, pero que ha ayudado a sacar del escenario bélico a uno de los actores del conflicto<sup>142</sup>.

Por su parte, los paramilitares, aunque en principio no tenían una ideología política clara, han influido considerablemente en este escenario puesto que acudieron a las armas para luchar contra aquellos grupos con tendencias comunistas, llevando a cabo una política genocida contra los miembros de la Unión Patriótica y recientemente realizar alianzas con políticos regionales. Este punto ha sido reiterativo y debe procurar cambiarse para lograr una paz estable y duradera, puesto que, a pesar de la expedición de la Constitución Política de 1991, al punto que en los últimos tiempos “(...) a pesar que la democracia colombiana ha permitido que tanto insurgentes desmovilizados, como militantes de izquierda participen de la contienda democrática, en la práctica el Estado ha sido incapaz de controlar el asesinato y persecución de los mismos”<sup>143</sup>.

Justamente, la falta de control sobre el uso de armas y la eliminación del contendor ha sido un punto de la violencia que ha permitido la reafirmación de la confrontación armada, incluso la irrupción de las ejecuciones extrajudiciales realizadas por el Estado, conjuntamente con las condenas de la CIDH por violaciones a los Derechos Humanos, la falta de presencia del Estado en la prestación de los servicios públicos, la sustitución de los cultivos ilícitos, la corrupción fraguada por varios representantes de elección popular, permitiendo un sistema político clientelista y la ausencia militar en varios territorios han conllevado a que en la actualidad no se tenga la suficiente confianza en el Gobierno y en todas sus instituciones, de tal manera que resulta improrrogable pensar en la forma como se modifica este actuar, puesto que seguirá siendo caldo de cultivo para que surjan actores violentos, impidiendo una paz estable y duradera.

Por lo anterior, es trascendental fortalecer la institucionalidad del Estado, con el propósito que tenga un entramado legítimo incuestionable y eficaz en su conjunto, con un sistema político de elección que refleje la diversidad nacional; unas instituciones judiciales

---

<sup>141</sup> En la elecciones al Congreso de la República de 2018, el partido político de las FARC consiguió 52.532 votos para el Senado de la República, es decir el 0,34% del total de los votos.

<sup>142</sup> Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, *Óp. Cit.*

<sup>143</sup> VARGAS VELÁSQUEZ, A., PABÓN, N., ESCOBAR LLANOS, P., y MENDÍVIL, L., “Colombia. El caso colombiano”, *Óp. Cit.* p. 128.

que sean garantes de la convivencia ciudadana; y las Fuerzas Militares y de policía respetar el Estado de derecho y los Derechos Humanos. Lo anterior sería avanzar hacia una sociedad que permita la confianza en sí misma y regular las conductas de la sociedad, puesto que su ausencia provocará que nuevamente sean actores no estatales quienes cumplan esta función<sup>144</sup>.

## **2.2.- El narcotráfico como un factor y detonante del conflicto**

En lo que tiene que ver con el narcotráfico, Colombia como ningún otro país de Latinoamérica ha tenido que afrontar el problema de cultivos, procesamiento, comercialización y distribución de estupefacientes. Su presencia se remonta hacia la década de los sesenta, por el auge de consumo en los Estados Unidos de América, fundamentalmente de marihuana, donde una década después los traficantes colombianos ya eran los principales proveedores de ese mercado, por ello debían buscar la protección de sus actividades por parte de quien controlaba las zonas territoriales donde se desarrollaban, ya sean grupos guerrilleros o paramilitares. Esta actividad económica, contiene cuando menos tres características. En primer lugar, la ilegalidad, en segundo lugar, su proyección internacional y por último es una práctica con grandes utilidades y rendimientos<sup>145</sup>.

En la década de los ochenta, el producto fue cambiado por la cocaína, lo que desató otra ola de violencia, que en sus principios no tenía correspondencia con el conflicto, pero infortunadamente mutó a una relación directa de la que aun en la actualidad se conservan las consecuencias, al respecto PECO YESTE y PERAL FERNÁNDEZ enuncian

“El narcotráfico no sólo ha crecido en Colombia durante los últimos años, sino que ha sabido amoldarse a las exigencias del mercado, demostrando una asombrosa capacidad de adaptación y una, no menos impresionante, capacidad de establecer alianzas con los diferentes sectores del conflicto. La consecuencia de ello es un crecimiento exponencial de la corrupción. Además, en algunas regiones del país, los narcotraficantes han creado verdaderos ejércitos privados, destinados a

---

<sup>144</sup> En el mismo sentido se pronuncia DUNCAN, G., “Una visión alternativa al conflicto colombiano”, *Óp. Cit.*

<sup>145</sup> Vid. VARGAS VELASQUEZ, A. *Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas*, *Óp. Cit.* p. 237.



combatir a la guerrilla, mientras que en otras zonas han establecido pactos con los grupos insurgentes locales”<sup>146</sup>.

El dinero producto del narcotráfico ha sido un factor que ha influenciado considerablemente el conflicto armado, incluso así se ha manifestado en el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP<sup>147</sup>. Por un lado, promueve ingresos a los actores del conflicto, puesto que los traficantes se benefician de la protección armada que estos les ofrecen, ante las ofensivas militares para su erradicación. En segundo lugar, ha generado graves consecuencias en la concentración de propiedades, donde se han apropiado de grandes extensiones de tierras fértiles<sup>148</sup>, y los cultivadores, al observar lo lucrosa que es esta actividad, prefieren dedicarse a ello, por la remuneración y el corto ciclo que implica la siembra y recolección principalmente de la mata de coca.

Este factor tiene una mayor importancia en la década de los noventa, cuando se recrudece el conflicto, suministrando recursos a los grupos guerrilleros y paramilitares (incluso a algunos políticos<sup>149</sup>), quienes entraron en una disputa por el control del negocio, al punto que Colombia se avocaba a una destrucción del Estado<sup>150</sup>. Por ello y al tratarse el narcotráfico de una lucha global, era necesaria la ayuda de gobiernos extranjeros para atacar este flagelo, principalmente de los Estados Unidos de América.

En lo que tiene que ver con los actores del conflicto, en un principio las FARC-EP rechazaban cualquier relación con el narcotráfico, no obstante, a partir de finales de la década de los ochenta empezaron a aplicar un “impuesto de gramaje”, entendido como un

---

<sup>146</sup> PECO YESTE, M. y PERAL FERNÁNDEZ, L., *El conflicto en Colombia*, Madrid: Ed. Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria Universidad Carlos III, 2005. p. 21.

<sup>147</sup> Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejército del pueblo – FARC EP, *Óp. Cit.* p. 98.

<sup>148</sup> Vid. REYES, A. “Compra de tierras por narcotraficantes”, en *Drogas ilícitas en Colombia: su impacto económico, político y social*, Ed. por THOUMI, F., Bogotá D.C.: Ed. Ariel y PNUD, 1997.

<sup>149</sup> Al punto que lograron que la Asamblea Nacional Constituyente eliminara la posibilidad de extraditar nacionales colombianos en la Constitución Política de 1991, situación que fue cambiada en el año 1997 mediante Acto Legislativo 01 de 1997.

<sup>150</sup> Al respecto se puede consultar DUNCAN, G. *Violencia y conflicto en Colombia como una disputa por el control del estado en lo local*. Bogotá D.C.: Documento CEDE. 2004; DUNCAN, G., *Más que plata o plomo*. Bogotá D.C.: Debate. 2014.

pago por el cultivo de coca frente a la posibilidad que se vislumbre un despojo de tierras proveniente por parte de los paramilitares<sup>151</sup>.

Desde la década de los noventa, la guerrilla de las FARC-EP empezó a utilizar el cultivo de coca como uno de sus ingresos para financiar la contienda con el Estado (lo que se ha denominado la narcotización de las guerrillas), al punto que las zonas dominadas históricamente por este grupo contenían grandes extensiones de siembra. Incluso, algunos consideran que la guerra con los paramilitares fue por dichos territorios, principalmente cuando los líderes de estos últimos observaron que esa sería una forma de costear los altos gastos que genera una contienda bélica<sup>152</sup>, y que la guerrilla pasó del cobro del impuesto, a negociar directamente con narcotraficantes el producto, o a utilizar sus mecanismos de extorsión y secuestro, a lo que los narcotraficantes respondieron aliándose con los grupos opositores<sup>153</sup>.

Como consecuencia de ello, el narcotráfico para el año 1998 era una fuente de financiación de las guerrillas, en especial de las FARC-EP, llegando casi a más del 50% de sus ingresos<sup>154</sup>. Mediante esta actividad, otorgaban empleo a los moradores de los sectores mas olvidados del país, y también ofrecían servicios públicos como salud, educación, acueductos, alcantarillados y carreteras, que, por la ausencia del Estado, no se habían otorgado<sup>155</sup>. Justamente este ha sido el problema mas complejo que ha debido afrontar el Acuerdo Final, puesto que muchos de los antiguos miembros de esta guerrilla decidieron continuar con la actividad del narcotráfico, lo que actualmente se denominan “disidencias”, y han puesto en duda la efectividad del acuerdo.

Para el caso de los grupos paramilitares, pasaron a ocupar los lugares dejados por algunos Carteles del narcotráfico, y para el año 1996 las AUC contaban con múltiples

---

<sup>151</sup> Al respecto se puede consultar AGUILERA PEÑA, M. *Las FARC: La guerrilla campesina, 1949-2010. Óp. Cit.*

<sup>152</sup> Cfr. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia, Óp. Cit.* p. 117.

<sup>153</sup> Vid. PÉCAUT, D. “Las FARC: fuentes de su longevidad y de la conservación de su cohesión”, *Análisis Político*, n° 63 (agosto 2008), pp. 22-50.

<sup>154</sup> Al respecto se puede consultar BEJARANO, A. M., y PIZARRO, E. “The Coming Anarchy: The Partial Collapse of the State and the Emergence of Aspiring State Makers in Colombia”. En *Workshop at the Punk Center of International Relations*. Universidad de Toronto, 2001. GUTIÉRREZ SANÍN, F. “Criminal Rebels? A Discussion of Civil War and Criminality from the Colombian Experience”, en *Politics and society*, Vol. 32 No. 2, pp. 257-285. 2004. y SÁNCHEZ, F. y DIAZ, A., “Geografía de los cultivos ilícitos y conflicto armado en Colombia” en *Las cuentas de la violencia*, Dir. Por F. Sánchez, Bogotá D.C.: Ed. Norma, pp. 131-205, 2007.

<sup>155</sup> Cfr. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia, Óp. Cit.* p. 115.

corredores y centros de producción de drogas<sup>156</sup>. Justamente para esta época procedieron de una manera atroz, cometiendo masacres, desplazamientos forzados, violaciones a los Derechos Humanos, con el propósito de desterrar a las guerrillas las zonas donde tenían dominio, e imponer una autoridad política y social. Al respecto DUNCAN expresa

“El poder se convirtió en un fin en sí mismo. Los líderes paramilitares no solo querían ser inmensamente ricos a través del control de las rentas de las drogas y demás economías extractivas de la periferia sino también inmensamente poderosos al gobernar regiones enteras con sus propias instituciones. En ese sentido tenían una genuina vocación contrainsurgente pues solo derrotando a las guerrillas podían acumular el poder suficiente para gobernar las áreas periféricas del país y controlar las rentas de la droga”<sup>157</sup>.

En lo que tiene que ver con el ELN, siguió los pasos de las FARC-EP y también se vio influenciado por los recursos del narcotráfico, al punto que en los sectores donde históricamente había tenido asentamiento, en el periodo comprendido entre 2002 a 2012, contenían una presencia casi de 58% de cultivos ilícitos, recursos que le permitieron sobrevivir a la arremetida paramilitar y al contraataque del Estado<sup>158</sup>.

Como lo demuestra un estudio realizado por RIOS, ha podido explicar que las guerrillas concentraron sus acciones armadas en el periodo comprendido entre 1998 a 2012 en los lugares donde tenían concentrada la actividad del narcotráfico, concluyendo que

“(…) a pesar de haberse reducido sustancialmente el pie de fuerza de las guerrillas y su control territorial, el conflicto no se ha resuelto militarmente en aquellos departamentos en los que, tradicionalmente, hubo un mayor arraigo guerrillero y un mayor apego al negocio del narcotráfico. Dicho de otro modo, dos de cada tres acciones guerrilleras que tienen lugar en Colombia, lo hacen sobre enclaves con presencia cocalera, lo cual equivale a un 50% más de lo que tenía lugar hace una década”<sup>159</sup>.

Justo para este momento, Colombia recibió un gran apoyo económico por parte de los Estados Unidos de América para la lucha contra el narcotráfico<sup>160</sup>, y ejemplo de ello es el Plan Colombia, cuyo propósito inicial era combatir de raíz el cultivo ilícito, de tal

---

<sup>156</sup> En el año 2008, los máximos líderes de las AUC fueron extraditados a los Estados Unidos de América, por el delito de narcotráfico.

<sup>157</sup> DUNCAN, G. *Exclusión, insurrección y crimen. Óp. Cit.* p. 31.

<sup>158</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. “la narcotización del activismo guerrillero de las FARC y el ELN 1998-2012” en *Revista UNISCI*, N° 41 (mayo 2016), pp. 205-234. p. 224.

<sup>159</sup> *Ibíd.* p. 230 y 231.

<sup>160</sup> En la década de los 90, el cultivo de coca llegó a tener aproximadamente 160.000 hectáreas.

manera que si se elimina esta fuente de financiación se puede obtener como resultado la finalización de los grupos que se dedican a ello, y por ende, los actores ilegales del conflicto armado. Esta colaboración permitió una mejoría considerable en la Fuerza Pública y una reducción en los cultivos ilícitos, no obstante, también condujo a denuncias por graves violaciones de los Derechos Humanos de todos los participantes del conflicto, inclusive del Estado<sup>161</sup>. Incluso, en el año 2001 estos recursos, pasaron a colaborar en el combate contra las guerrillas, por la de esos grupos como terroristas, vinculando la amenaza narcoterrorista con el conflicto<sup>162</sup>.

Este apoyo extranjero, se vio unido con la Política de Seguridad Democrática, idea promovida a por el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, donde se consideró que las acciones desarrolladas por los grupos armados ilegales, se consideraban terroristas, y unidos con el negocio del narcotráfico, se convertían en la principal amenaza para la población. Ello suscitó una gran ofensiva militar, que conjuntamente con la procura de erradicación de los cultivos ilícitos y la presencia de las instituciones públicas, intentaría dejar en su mínima expresión el narcotráfico, lo que para el año 2012 se estaba evidenciando, bajando casi un 85% de hectáreas cultivadas respecto al año 2008. Infortunadamente, a partir de ese año se ha dado un incremento considerable, llegando actualmente a más de 170.000 hectáreas cultivadas de coca, relacionado indirectamente con las negociaciones con las FARC-EP<sup>163</sup>, y no se vislumbra una solución definitiva a este problema, principalmente por lo lucrativo del negocio y el arraigo social que ha tenido, ante la falta de resultados en las medidas de reconversión del cultivo.

Por ello, la dificultad de los cultivos ilícitos debe ser resuelta mediante la posibilidad de ofrecer alternativas productivas y promover el desarrollo agrario con una mirada regional, por la diversidad que ofrece un país como Colombia, conjuntamente con la solución que aun a la fecha no se ha dado al problema de tierras. Lo que no queda duda, es que el narcotráfico ha cambiado la conciencia ciudadana, originando una idea del dinero

---

<sup>161</sup> Cfr. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Óp. Cit. p. 78-85.; OTERO PRADA, D. *El papel de los Estados Unidos en el conflicto armado colombiano*, Bogotá D.C.: Ed. Aurora, 2010. p. 197 y ss.

<sup>162</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 169.

<sup>163</sup> Datos tomados de <http://www.odc.gov.co/sidco/perfiles/estadisticas-nacionales>. Última visita 26 de febrero de 2019.

fácil, justamente por haber permeado no solo el conflicto armado, sino en el sistema político, promoviendo corrupción, desconfianza por las instituciones y otro tipo de violencias de naturaleza social.

### 2.3.- Factores sociológico y económicos

Otros factores que ha permitido la persistencia del conflicto armado colombiano, tienen una naturaleza sociológica y económica. Infortunadamente, la ausencia del Estado también se dio en estos aspectos, fundamentalmente en las zonas rurales, lo que condujo a que los actores armados tomaran el control de esos sectores. Por un lado, las guerrillas colaboraban con los campesinos minifundistas; mientras que los paramilitares surgían para proteger a los latifundistas, donde se puede concluir que en cierto modo, el conflicto paso de ser político, a una lucha de clases sociales<sup>164</sup>. Esto, como deduce VACAS, se resume en

“(…) de un lado, la pobreza de la mayoría de la población y el nivel de desigualdad entre factores sociales; y, de otro, los intentos de apropiación de los recursos económicos mas valiosos del país, y muy especialmente de la tierra”<sup>165</sup>.

Frente al punto referente a la pobreza, Colombia es uno de los países más desiguales del mundo, donde sus índices y niveles han sido muy altos, principalmente en lo que tiene que ver con la pobreza extrema y multidimensional, incluso en las épocas donde se dio el recrudecimiento del conflicto armado en los años 90, las tasas de desempleo crecieron al 19,5%, niveles que no se habían tenido en la historia, al punto que “(…) La opinión pública empezó a percibir entonces cómo el conflicto armado agravaba la crisis económica y ello acabó por incidir en su radicalización política y su viraje hacia una solución militar de la guerra”<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Sobre la problemática de las tierras y el mundo rural en Colombia, se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Tierras y conflictos rurales. Historia, políticas agrarias y protagonistas*, Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2016.

<sup>165</sup> VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. Óp. Cit. p. 103.

<sup>166</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 178.

<sup>166</sup> Cfr. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. Óp. Cit. p. 177.

No obstante, se concuerda con DUNCAN, en la medida que las desigualdades sociales *per se* no constituyen una razón suficiente para que se de un conflicto armado, tal como se puede evidenciar en otros países de Latinoamérica como Brasil, Panamá o Chile, donde también se da esta problemática, pero no han tenido que afrontar una contienda bélica de las magnitudes dadas en Colombia. El autor expresa “(...) la desigualdad no necesariamente causa insubordinación, mucho menos una insubordinación violenta. No hay que ir a buscar otros casos de países donde existe mucha desigualdad y no hay mayor conflicto social (...)”<sup>167</sup>.

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE y la CEPAL, han venido realizando estudios durante las últimas décadas, de los que se puede concluir que el crecimiento económico en las áreas urbanas es mayor que en las rurales; y la concentración de ingresos se encuentra en cabeza de pocas personas<sup>168</sup>. Lo que resulta preocupante es que las tendencias en los diferentes niveles tienden a no reducirse, aunque es importante poner de manifiesto que ha mejorado respecto a lo que sucedía en la década de los ochenta, incluso hasta mediados de los noventa.

Ahora, la apropiación de los recursos, principalmente de la tierra, es un factor que ha colaborado de manera profunda en el conflicto armado<sup>169</sup>. Como lo enuncian PECO YESTE y PERAL FERNÁNDEZ

“(...) El enfrentamiento armado ha sido la expresión de diversos conflictos estructurales que no han encontrado solución por vías democráticas y pacíficas; entre ellos, probablemente sean el conflicto por la tierra y del conflicto por el territorio los que con mayor frecuencia han generado confrontaciones violentas”<sup>170</sup>.

A su vez, el PNUD, en un informe rendido en el año 2011 expresó

“El conflicto agrario y el armado terminan relacionándose en la medida en que la tierra se convierte en un instrumento de la guerra y de la disputa por el territorio. Por ello, es objeto de expoliación y despojo por vías de hecho, o mediante la utilización ilegal de instrumentos jurídicos,

---

<sup>167</sup> DUNCAN, G. *Exclusión, insurrección y crimen. Óp. Cit.* p. 1.

<sup>168</sup> Cfr. *Boletín técnico. Pobreza monetaria y multidimensional en Colombia año 2017*. Bogotá D.C. Marzo 22 de 2018. [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones\\_vida/pobreza/bol\\_pobreza\\_17.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/bol_pobreza_17.pdf)

<sup>169</sup> Sobre este punto se pronuncian MOLANO, A. *Selva Adentro: Una historia oral de la colonización del Guaviare*, Bogotá D.C.: Áncora Editores, 1987; FAJARDO, D. *Para sembrar la paz*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2002

<sup>170</sup> PECO YESTE, M. y PERAL FERNÁNDEZ, L., *El conflicto en Colombia, Óp. Cit.* p. 13.

en tanto que el territorio es objeto de control, dominio y violación de derechos de las comunidades”<sup>171</sup>.

La *Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, puso de manifiesto que el problema agrario ha sido un factor desencadenante del conflicto armado colombiano, donde se evidencian inconvenientes en cuanto a los derechos de propiedad y la desigualdad en el acceso a las tierras rurales y agrícolas, a pesar de las diferentes dinámicas que tienen las regiones del país, si ha conducido a graves dificultades como

“(…) una excesiva concentración de la propiedad rural, un hondo desorden en las formas de apropiación de tierras baldías, una débil legitimidad de los títulos de propiedad y la persistencia de formas de autoridad arcaicas en el seno de la propiedad sin ningún apego a la normas laborales”<sup>172</sup>.

Este factor viene desde los mismos orígenes del conflicto y ha permitido su continuidad<sup>173</sup>, debido al abandono que el Estado ha dado al sector rural y los bajos resultados que han tenido las reformas agrarias en los diferentes periodos históricos de la contienda<sup>174</sup>, la posibilidad que se le abrió a los actores del conflicto para ocupar esos espacios, y la concentración y desigualdad en la distribución de las tierras, prorrogando las posibilidades de una reforma agraria, permitieron que en la época de *La Violencia*, surgieran ideas políticas que contenían programas agrarios, bajo la modalidad de autodefensas, como el caso de las FARC-EP<sup>175</sup>.

Posteriormente, el olvido estatal se mantuvo en el Frente Nacional, y con la aparición de los grupos paramilitares, se entró en la confrontación para saber quien se apoderaba de los territorios<sup>176</sup>, mientras que la población civil era despojada y sumida en la pobreza, por lo que tuvo que en muchos casos desplazarse a las áreas urbanas en búsqueda

---

<sup>171</sup> PNUD. “Colombia rural. Razones para la esperanza”, en *Informe Nacional de Desarrollo Humano*, Bogotá D.C.: INDH PNUD, 2011 p. 186.

<sup>172</sup> COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Óp. Cit.* p 13.

<sup>173</sup> Vid. *Ibíd.* p. 17 y 18.

<sup>174</sup> Al respecto se puede consultar COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Óp. Cit.* p 15 y 35; ESTRADA ÁLVAREZ, J., *Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada. Elementos para una interpretación histórica del conflicto social y armado*, Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015. p. 6-22; y FAJARDO M, D., *Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana*, Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015. p. 5-22.

<sup>175</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad.* *Óp. Cit.* p. 120.

<sup>176</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 177.

de una mejor suerte, o ser reclutado por parte de algún grupo armado, convirtiéndose en la principal víctima del conflicto.

Actualmente, conforme lo pone de presente el *Informe ¡Basta Ya!*

“(…) no sorprende entonces el alto nivel de concentración de la tierra que se registra en la Colombia rural (1,1% de los propietarios concentra el 52,2% de la tierra), ni la prevalencia de la sobreutilización del suelo para el latifundio ganadero (39,2 millones de hectáreas dedicadas a la ganadería, sobre un potencial apto de 24 millones), y la subutilización para la actividad agrícola (4,1 millones de hectáreas sembradas sobre un potencial apto de 21,5 millones)”<sup>177</sup>.

A su vez, en los últimos años se han encontrado otras dificultades como el aumento de explotación minera, que

“(…) se ha convertido en un nuevo combustible para la guerra, en la medida en que representa la apertura de un nuevo frente para la captura de rentas por parte de los actores armados. Esta relación es posible en buena medida por la convergencia creciente entre la geografía de la minería y la del conflicto armado (…)”<sup>178</sup>.

Lo anterior nos permite concluir que para lograr superar este factor que ha influenciado en el desarrollo del conflicto armado, se hace necesario implementar soluciones y atacar el problema agrario con todos los actores afectados, desde una perspectiva territorial, puesto que cada sector del país ofrece problemáticas distintas. Sin lugar a dudas, el Estado se encuentra en deuda con este sector, ha intentado promover diversas reformas que no han tenido los resultados esperados, y es importante que ahora como producto del Acuerdo Final con las FARC-EP y la expedición de la Ley 1448 de 2011 sobre restitución de tierras, se establezca como prioridad una reforma integral agraria, como un mecanismo de garantía de no repetición.

### **3.- Los actores del conflicto armado en Colombia**

Conforme se ha venido analizando en este escrito, el conflicto colombiano se ha extendido a lo largo y ancho del territorio, desarrollado por varios actores, dentro de los que se pueden encontrar, al igual que en muchos países donde se han dado confrontaciones bélicas, los legales o regulares y los ilegales o irregulares.

---

<sup>177</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 178.

<sup>178</sup> *Ibíd.* p. 188.



Respecto a los primeros son el Estado por intermedio de la Fuerza Pública, compuesta por el Ejército, Armada o Marina y Fuerza Aérea; y además, a pesar de no tener carácter militar, se debe incluir a la Policía Nacional. Por su parte, las irregulares o ilegales están conformadas por las Organizaciones Guerrilleras (FARC-EP, ELN, EPL, y otras) y los Grupos Paramilitares o Autodefensas Unidas de Colombia – AUC.

Debido a las características propias de cada uno de los actores, y las estrategias que desarrollaron al interior del conflicto (modalidades de violencia), se hace necesario profundizar en su composición y la forma como abordaron la contienda, concretamente en el periodo de las dos últimas décadas del Siglo XX hasta la actualidad, teniendo en cuenta el recrudecimiento del conflicto y la competencia espacio-temporal otorgada por la justicia transicional en Colombia, de tal manera que permita una mejor comprensión respecto a las formas de violencia desplegadas en la confrontación, lo que se llevará a cabo en las siguientes líneas.

### **3.1.- El Estado y la fuerza pública**

Colombia en su Constitución Política de 1991 se define como una República unitaria, democrática y descentralizada, compuesta por tres ramas del Poder Público, a saber: la legislativa, la ejecutiva, y la judicial, y otros órganos autónomos e independientes, destinados para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, dentro de las que se encuentran la banca central, la electoral y el Ministerio Público.

En lo que tiene que ver con el tema que se ha analizado dentro del presente escrito, las relaciones entre el poder público o civil y los militares<sup>179</sup> para el caso colombiano es relevante, desde la teoría moderna del Estado, donde es éste quien detenta el monopolio del uso de la fuerza<sup>180</sup> y teniendo en cuenta que a diferencia de otros países de la región latinoamericana, donde la Fuerza Pública empleó sus armas para apropiarse el poder político, mediante los golpes militares<sup>181</sup>. Esta situación en Colombia no se evidenció, principalmente porque el conflicto armado les permitió ostentar una autonomía suficiente

---

<sup>179</sup> Sobre este tema se puede consultar VARGAS VELASQUEZ, A. *Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas*, Óp. Cit. 2002.

<sup>180</sup> El artículo 223 de la Constitución Política expresa “Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente”.

<sup>181</sup> O'DONNELL, G. *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism: Studies in South American Politics*. Berkeley: Institute of International Studies, University of California, 1973.

frente al manejo del orden público<sup>182</sup>, que se limitó en cierto modo en la década de los noventa, generando fricción entre los gobernantes civiles y los mandos de la Fuerza Pública<sup>183</sup>. Actualmente estos puntos han sido superados puesto que la Fuerza Pública tiene

“(…) una subordinación militar relativa al poder civil democráticamente constituido, que se encuentra condicionada por una confluencia de intereses, valores y creencias, mas no un control civil eficiente e institucionalizado. En esa situación de simbiosis entre el ejecutivo y la fuerza pública, las fuerzas armadas tienen un margen de maniobra y decisión relativamente amplio”<sup>184</sup>.

Ahora resulta primordial analizar la composición de la Fuerza Pública, como actor regular o legal dentro del conflicto armado, de la que se hará una contextualización de la situación actual<sup>185</sup>. El presidente de la República es el comandante de las Fuerzas Armadas y se constituye como jefe de Estado y Gobierno<sup>186</sup>, elegido por cuatro años, y a su vez, mediante el Ministerio de Defensa, dependencia dentro del organigrama de la rama ejecutiva, se formulan las políticas para la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial, la seguridad y la tranquilidad pública, así como para el mantenimiento del orden constitucional y la garantía de la conveniencia democrática.

Conforme al artículo 216 de la Constitución Política de Colombia, la Fuerza Pública esta compuesta por las Fuerzas Militares<sup>187</sup> y Policía Nacional<sup>188</sup>. La primera se compone a

---

<sup>182</sup> Esta independencia de las autoridades civiles se basaba en una ideología antisubversiva, promovida principalmente por la lucha contra grupos socialistas alzados en armas en la época de la Guerra Fría influenciada por los Estados Unidos de América.

<sup>183</sup> Cfr. LEAL, F. *La inseguridad de la seguridad en Colombia, 1958-2005*. Bogotá D.C.: Ed. Planeta, 2006. p. 144.

<sup>184</sup> SCHULTZE-KRAFT, M. “La cuestión militar en Colombia: la fuerza pública y los retos de la construcción de la paz”, En *Construcción de paz en Colombia*. Angelika Rettberg (ed.), Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, pp. 405- 433, 2012. p. 422.

<sup>185</sup> Sobre el proceso histórico de estructuración de las Fuerzas Armadas colombianas se puede consultar VARGAS VELASQUEZ, A. *Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas*, *Óp. Cit.* p. 94 y ss.

<sup>186</sup> El artículo 189 de la Constitución Política expresa “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República. 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”.

<sup>187</sup> El artículo 217 de la Constitución Política afirma “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

<sup>188</sup> El artículo 218 de la Constitución Política sobre la Policía Nacional expresa “La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

su vez en primer lugar por el Ejército Nacional, organismo encargado de la presencia en las áreas rurales y su despliegue territorial se presenta con brigadas y grupos contraguerrilla; en segundo lugar está la Armada Nacional, con acento en las superficies marítimas y colabora con las brigadas fluviales en el control de los ríos, que son utilizados en muchos casos por los diferentes actores del conflicto; en tercer lugar está la Fuerza Aérea, que apoya en las operaciones militares dentro del espacio aéreo colombiano. La otra gran rama de la Fuerza Pública es la Policía Nacional, con una presencia más urbana y organizada en las direcciones de Policía Judicial, Antinarcóticos, Antisecuestro y Extorsión, Inteligencia y Servicios Especializados.

Históricamente, la Fuerza Pública ha sido considerada como una organización autónoma del poder civil, dedicada a mantener el orden público que se había visto amenazado por los grupos guerrilleros, no obstante no contaba con la capacidad militar y presupuestal para hacerle frente, por ello desde la expedición de la Constitución de 1991, ha tenido una transformación considerable, con el propósito de afrontar la lucha contra el narcotráfico y las organizaciones criminales. Tal como lo expresa SCHULTZE-KRAFT

“Este cambio se ha dado tanto en el ámbito institucional del sector de defensa y seguridad nacional como respecto al tamaño de las fuerzas y su despliegue e implantación territoriales, capacidad técnico-operativa, y, en menor medida, su doctrina y educación, especialmente en lo que concierne a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (DIH). Hoy, la fuerza pública colombiana es la segunda más numerosa de Sudamérica, superada solamente por las fuerzas militares y de policía de Brasil, y, por causa del prolongado conflicto armado interno, cuenta con uno de los dispositivos de movilidad aerotransportada y de reacción rápida más grandes de la región”<sup>189</sup>.

Justamente en ese sentido, conforme a los datos del Banco Mundial, para el año 2016 la Fuerza Pública contaba con 481.100 miembros (cuando en los años del mayor recrudecimiento del conflicto no superaban los 270.000), destinando más del 3% del PIB para su financiación<sup>190</sup>. Probablemente el punto de quiebre es el Plan Colombia y la Política de Seguridad Democrática<sup>191</sup>, en la medida que los gobiernos que precedieron a Álvaro

---

<sup>189</sup> SCHULTZE-KRAFT, M. “La cuestión militar en Colombia: la fuerza pública y los retos de la construcción de la paz”, *Óp. Cit.* p. 408.

<sup>190</sup> Cfr. <https://datos.bancomundial.org/indicador/MS.MIL.TOTL.P1?locations=CO>

<sup>191</sup> Sobre la Política de Seguridad Democrática como una estrategia militar se puede consultar PECO YESTE, M. y PERAL FERNÁNDEZ, L., *El conflicto en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 51-66.

Uribe Vélez no le dieron la misma prioridad al mantenimiento del orden público y la seguridad interna.

No obstante, esa transformación que permitió una mayor presencia en lugares del país donde antes no existía y una percepción de seguridad mayor por parte de la ciudadanía, no fue suficiente puesto que

“(…) se quedó corta en tres ámbitos fundamentales: terminar las relaciones entre algunos miembros de la fuerzas militares y policivas con los grupos paramilitares y narcotraficantes; promover de manera eficiente y eficaz el respeto y la protección de los derechos humanos por parte de los miembros de la fuerza pública; y reformar el sistema de justicia militar, de tal manera que actos cometidos por miembros de las fuerzas por fuera del servicio o en contravención de las normas de servicio y de las normas internacionales, no fueran cubiertas por el fuero militar sino de manera eficiente por la justicia ordinaria. En los tres ámbitos persisten problemas serios, a pesar de los esfuerzos de las autoridades, tanto civiles como militares, por subsanarlos”<sup>192</sup>.

Infortunadamente, la Fuerza Pública se ha visto envuelta en ciertos hechos violatorios de los Derechos Humanos y del DIH, algunos directamente, como el caso de los “falsos positivos”, donde se presentaban asesinatos de civiles como miembros de las organizaciones ilegales, o indirectamente como el caso de alianzas con narcotraficantes, como pueden ser las masacres en Guaitarilla (Nariño) en 2004 o Jamundí (Valle) en 2006<sup>193</sup>, asuntos que se analizarán con mayor profundidad posteriormente.

Adicionalmente, de cara a la posibilidad de una finalización definitiva del conflicto armado, como consecuencia del Acuerdo Final con las FARC-EP, la Fuerza Pública se ve avocada a un cambio en su consciencia, proporcionando una consolidación de la recuperación del territorio, permitiendo la seguridad e imposibilitar que nuevas organizaciones ilegales entren a ocupar los espacios desocupados por las guerrillas desmovilizadas (situación que no sucedió con posterioridad a la negociación con las AUC), y no se ha contemplado la posibilidad de reducción de los miembros efectivos ni la asignación presupuestal anual, que aun sigue siendo alta, puesto que ahora el objetivo es atacar a las estructuras narcotraficantes, disidentes de las FARC-EP, el ELN y las BACRIM.

---

<sup>192</sup> SCHULTZE-KRAFT, M. “La cuestión militar en Colombia: la fuerza pública y los retos de la construcción de la paz”, *Óp. Cit.* p. 416.

<sup>193</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 414.

En lo que tiene que ver con las autoridades civiles y políticas miembros del Estado, su influencia en el conflicto armado se evidenció por omisión y por acción. En el primer caso, durante muchos periodos de tiempo se convivió con el conflicto y con las formas como se desarrolló de manera casi natural, si realizar labor alguna dirigida a superar esa dificultad, es decir, con total indiferencia.

Frente al segundo, diversos líderes políticos regionales actuaron activamente mediante alianzas tanto con grupos guerrilleros como paramilitares, con el propósito de lograr los votos de la población amenazada y aterrorizada en las distintas zonas rurales en las que prevalecía el analfabetismo y la pobreza<sup>194</sup>. Por ello se considera que si bien es cierto se constituían en la manifestación del Estado, en estricto sentido no actuaban para él, por ello analizaremos su participación en el conflicto en las líneas siguientes, interior de cada uno de los grupos involucrados.

### **3.2.- Los grupos guerrilleros**

Las organizaciones guerrilleras se constituyeron durante décadas como el principal enemigo del Estado y el contrincante por excelencia de la Fuerza Pública, debido a su idea de tomar el poder por las armas, lo que se consideraba como una forma de afectar los derechos de la sociedad y poner en riesgo el orden público. Para el caso colombiano, como se pudo evidenciar en líneas previas, el surgimiento de estos grupos fue disímil, con ideologías y objetivos diversos, a diferencia de lo que sucedía en otros países latinoamericanos.

En el conflicto armado han participado diversas agrupaciones guerrilleras, algunas de las cuales se sometieron a procesos de desmovilización y negociación con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991. Aquellas que han continuado actuando en los últimos años son las FARC-EP y el ELN, quienes

“(…) adoptaron estrategias político-militares particularmente ofensivas: decidieron desdoblar sus frentes de guerra, diseminarse geográficamente siguiendo una lógica centrífuga,

---

<sup>194</sup> Cfr. NASI, C. “Instituciones políticas para el posconflicto” En *Construcción de paz en Colombia*. Angelika Rettberg (ed.), Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, pp. 51-81. p. 53.

diversificar sus fuentes de financiamiento e irrumpir en la vida de los municipios con la intención de propiciar las condiciones para una insurrección popular”<sup>195</sup>.

Se resalta que no se ha renunciado a la posibilidad de una solución negociada al conflicto, a pesar que las guerrillas

“(…) anhelan que como resultado del proceso de negociación se produzcan reformas profundas en lo político, lo social, lo económico y lo militar, y no solamente que se acuerden procedimientos para realizar las reformas en un futuro, relativamente incierto. Es decir que en relación con cada punto de la agenda quieren no simplemente que se de un debate académico y que una vez agotado éste se pase al siguiente punto de la misma, sino que haya conclusiones y medidas de tipo inmediato; no simples expectativas hacia el futuro”<sup>196</sup>.

Justamente, muy a pesar de los golpes militares que han recibido las guerrillas, lo que promovió fue una radicalización de sus actuaciones, la forma de lograr finalizar el conflicto es entender la cultura de estos movimientos, y buscar la solución de la confrontación con mecanismos de negociación realista y con resultados, que permita evidenciar un horizonte y genere confianza en la sociedad colombiana.

### **3.2.1.- Las Fuerzas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP)**

Las FARC-EP son sin duda el grupo insurgente de más larga tradición de lucha y el que centró la atención del Estado. Durante la década de los ochenta, momento en el que realizan la VII Conferencia creando el Plan Estratégico para la Toma del Poder, ponen como plazo veinte años para ello, comenzando un proceso de expansión, tenían la idea de una lucha armada combinada con fuerzas revolucionarias (fundamentalmente con la creación de la UP como partido político) como una solución de la crisis que vivía el país, dejando de lado los Derechos Humanos<sup>197</sup>. Esta posición cambió en un documento de 1993, donde expresaron

“(…) Luchamos por el establecimiento de un régimen político democrático que garantice la paz con justicia social, el respeto de los Derechos Humanos y un desarrollo económico con bienestar

---

<sup>195</sup> LAIR, E. “Colombia: una guerra contra civiles” *Óp. Cit.* p. 137.

<sup>196</sup> VARGAS VELASQUEZ, A. “Colombia al final del siglo: entre la guerra y la paz”, en *América Latina, Hoy*, No. 23 (Diciembre 1999): pp. 5-15. p. 13.

<sup>197</sup> Esta es una concepción Marxista, donde los Derechos Humanos son un fruto de la explotación capitalista. Al respecto se pronuncia SILVA, A. “Los derechos humanos y su dialéctica relación entre el ser y el deber ser” en *Revista Controversia*, No. 175, Bogotá D.C., diciembre 1999. p. 136.

para todos los que vivimos en Colombia. Luchamos por una política agraria que entregue la tierra del latifundio a los campesinos (...)”<sup>198</sup>

No obstante, en el mismo año se realizó la VIII Conferencia donde adoptaron una verdadera guerra de expansión territorial, mediante el “vacío de poder” desocupando a las poblaciones de la institucionalidad del Estado, con ataques a la infraestructura del Estado como por ejemplo las estaciones de policía o edificios públicos; y la participación en la política secuestrando y asesinando a políticos, alcaldes, concejales y otros representantes del Estado.

Posteriormente, lograron su mayor crecimiento en la última década del Siglo XX debido al tráfico de narcóticos<sup>199</sup>, obteniendo una presencia en casi el 93% del territorio colombiano<sup>200</sup> y llegando aproximadamente unos 20.000 miembros, pero su actuar se encontraba totalmente deslegitimado fomentado por la modalidad del secuestro<sup>201</sup> (denominadas pescas milagrosas). Al respecto AGUILERA afirma

“(…) La expansión geográfica y el crecimiento militar de las FARC, se hicieron evidentes en la segunda mitad de los noventa –al intentar incluso pasar a la guerra de movimientos–; pero al mismo tiempo, este momento de auge mostró sus profundas limitaciones estructurales, tanto en el campo militar como en el político. En el primero, la guerrilla careció de posibilidades para responder al dominio aéreo y a la movilidad del ejército, así como a su renovada capacidad para sostener acciones combativas permanentes y eficaces; y en el segundo, tampoco logró desarrollar bases sociales urbanas, ni convertir su guerra en una lucha verdaderamente popular”<sup>202</sup>.

En lo que tiene que ver con su organización, estaba compuesta por un estatuto donde se definían la estructura militar, dirigido por el la Conferencia Nacional Guerrillera y el Estado Mayor Central, el cual era un organismo colegiado, superior de dirección y

---

<sup>198</sup> FARC-EP. *Esbozo histórico de las FARC-EP*. Óp. Cit. p. 56 y 57.

<sup>199</sup> Este punto fue reconocido por las FARC-EP al momento del Acuerdo Final manifestando “El compromiso de las FARC-EP de contribuir de manera efectiva, con la mayor determinación y de diferentes formas y mediante acciones prácticas con la solución definitiva al problema de las drogas ilícitas, y en un escenario de fin del conflicto, de poner fin a cualquier relación, que en función de la rebelión, se hubiese presentado con este fenómeno”. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejército del pueblo – FARC EP, Óp. Cit. p. 101.

<sup>200</sup> Cfr. LIVINGSTONE, G. *Inside Colombia: Drugs, democracy and war*, London: Latin America Bureau, 2002. p. 8.

<sup>201</sup> Cfr. MOSER, C. y MCILWAINE, C. *Encounters with violence in Latinamerica: urban perceptions from Colombia and Guatemala*, New York: Routledge, 2004. p. 176. Al respecto también se pronuncia AGUILERA PEÑA, M. *Las FARC: La guerrilla campesina, 1949-2010* Óp. Cit. p. 96 y ss.

<sup>202</sup> AGUILERA PEÑA, M. *Las FARC: La guerrilla campesina, 1949-2010*. Óp. Cit. p. 116.

mando colectiva, compuesto por veinticinco comandantes y cuyas órdenes y decisiones obligan a todos sus integrantes<sup>203</sup>, donde sus caras visibles eran el Secretariado, conformado por siete miembros.

Este grupo guerrillero, tal como destacan PECO YESTE y PERAL FERNÁNDEZ disponían de

“(…) armamento ligero, especialmente fusiles automáticos, procedente tanto de compra como de capturas al ejército colombiano, así como de morteros y granadas de fabricación propia. Se cree que el armamento convencional es procedente, en buena parte, tanto de países centroamericanos como del este de Europa. No obstante, tan importante como el armamento es el sistema de mando y control, basado en telecomunicaciones y medios informáticos, que permite coordinar operaciones complejas y, al mismo tiempo, ofrecer una amplia cobertura informativa y propagandística”<sup>204</sup>.

Este tipo de material bélico sirvió de herramienta para poder realizar las actuaciones contrarias a los Derechos Humanos y DIH, afectando a la población civil, como atentados terroristas, secuestros, extorsiones, ataques a la infraestructura del país y enfrentamientos con la Fuerza Pública y los grupos paramilitares, desnaturalizando su ideología política y primando la lucha armada, al punto que fracasó la negociación de paz en la “zona de despeje”, lo que llevó a su declive y ser calificado como un grupo terrorista por los Estados Unidos de América y la Unión Europea.

Justamente en un estudio adelantado por Human Rights Watch en 1998, se concluyó que las FARC-EP presentaban una contradicción cuando formulaban un discurso de respeto por el DIH, pero sus actuaciones denotaban graves violaciones al mismo, en la medida que bajo su interpretación este estatuto normativo puede ser interpretado, al punto que la población civil puede considerarse como objetivo militar<sup>205</sup>. Al respecto, este informe expresa

“(…) Los investigadores que han entrevistado a comandantes de campo nos informaron que el grupo sigue “inflexible” en cuestiones fundamentales, como el cese de las ejecuciones de paramilitares capturados o la toma de rehenes (...) En un manual de combate obtenido de forma

---

<sup>203</sup> Cfr. FARC-EP. *Resistencia: beligerancia*, Ciudad de México, 2001. p. 5. Citado por MARTÍNEZ-VILLALBA MEJÍA, *Óp. Cit.* p. 72.

<sup>204</sup> PECO YESTE, M. y PERAL FERNÁNDEZ, L., *El conflicto en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 40.

<sup>205</sup> Vid. SILVA, A., ITURRALDE, M. A. y SOCHA, N. *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, Bogotá D.C.: Centro de Investigaciones Sociojurídicas – CIJUS, Universidad de los Andes, 2002. p. 173.



independiente por Human Rights Watch, no se menciona en ningún momento el derecho internacional humanitario ni ninguna orden firme de garantizar que los civiles saldrán ilesos en las operaciones de las FARC”<sup>206</sup>.

No obstante considerarse como el principal objetivo militar del Estado, las FARC-EP durante los primeros años del Siglo XXI tuvieron la capacidad de reacomodarse en la guerra, adoptar la idea de ocupar otros espacios territoriales, principalmente los dejados por las AUC, lo que cambió la lógica de la guerra, donde no se evidenciaba su triunfo, pero tampoco su derrota.

Al contemplar la imposibilidad de lograr una victoria con las armas y con los golpes militares que sufrió que provocó su repliegue a territorios alejados y una desmovilización individual de sus miembros que llegó casi a los 13.000 combatientes para el año 2008<sup>207</sup>, el gran rechazo de la sociedad en general<sup>208</sup>, lo que deslegitimaría a las guerrillas, y la muerte del líder histórico “Manuel Marulanda”, las FARC-EP<sup>209</sup> en el año 2012 decidieron iniciar diálogos de paz con el Gobierno Nacional cuyo resultado fue el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera del 24 de noviembre de 2016, como mecanismo de justicia transicional, es decir, actualmente ya no es un actor del conflicto, a pesar que algunos ex miembros han decidido continuar en la ilegalidad, como organizaciones criminales denominadas “disidencias”, llegando aproximadamente al 14% de los excombatientes<sup>210</sup>, asumiendo las consecuencias de perder los beneficios pactados.

A su vez, mediante Actos Legislativos 01 de 2017 y 03 de 2017<sup>211</sup>, se estableció que los ex combatientes de las FARC-EP pudieran participar en política, principalmente el

---

<sup>206</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *Guerra sin cuartel: Colombia y el Derecho Internacional Humanitario*. New York, 1998, p. 147.

<sup>207</sup> Cfr. PEÑA, M. “Las FARC: auge y quiebre de su modelo de guerra”. En *Análisis Político*, Volumen 26, Número 77, Bogotá D.C. pp. 85-111, 2013.

<sup>208</sup> Se puede destacar la marcha del 4 de febrero de 2008, cuando millones de colombianos salieron a las calles para manifestar su rechazo a las FARC-EP.

<sup>209</sup> Sobre el último periodo de las FARC-EP como guerrilla se puede consultar VV.AA. *El último año de las F.A.R.C. Conflicto, guerrilla y búsqueda de paz en Colombia*, Ed. Nelson-Gustavo Speccia, Córdoba: Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, 2010.

<sup>210</sup> Al respecto se puede consultar ÁLVAREZ VANEGAS, E., PARDO CALDERÓN, D. y CAJIAO VÉLEZ, A. *Trayectorias y dinámicas territoriales de las disidencias de las FARC*, Bogotá D.C.: Fundación Ideas para la Paz – FLIP, 2018.

<sup>211</sup> La Corte Constitucional mediante Sentencia C – 027 de 2018 decretó la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2017.

segundo, donde se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo final para la terminación del conflicto, permitió el reconocimiento de la personería jurídica del nuevo partido político con las mismas reglas y derechos de los ya constituidos; así como se les otorgó automáticamente diez curules, cinco en la circunscripción nacional (Senado de la República) y cinco en la territorial (Cámara de Representantes) durante los periodos 2018-2022 y 2022-2026, pudiendo participar en dichas elecciones, con la condición que los ex combatientes-candidatos contribuyan en los mecanismos de justicia transicional, tal como afirma la norma en mención<sup>212</sup>.

Ahora, inmersos en la legalidad, los miembros de las FARC-EP se ven avocados a cumplir con lo pactado en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable, en cuanto a los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, y en el terreno político superar los retos que trae la reinserción, fundamentalmente la desconfianza que generan en la sociedad colombiana (solo obtuvieron 52.532 votos en las elecciones para el Senado de la República de 2018); la definición clara de su ideología; y la fragmentación interna evidenciada por los distanciamientos entre algunos de sus líderes<sup>213</sup>. Lo que si parece claro es que esta organización no optará acudir a una lucha armada, y sus “disidencias” serán considerados como organizaciones criminales, asumiendo la consecuencia de ser perseguidos por el Estado.

### **3.2.2.- El Ejército de Liberación Nacional (ELN)**

El Ejército de Liberación Nacional – ELN, organización guerrillera con ideología comunista influida fundamentalmente por la Revolución Cubana, cumplió un papel secundario en la confrontación, incluso con cierto desinterés del Estado en los años noventa, es actualmente el único grupo insurgente histórico que persiste en el conflicto armado. Su máxima autoridad es un Congreso (dirección colegiada asumida a finales de los años ochenta), conformado por los líderes políticos y militares, donde se emiten las instrucciones y órdenes hacía los combatientes y órganos permanentes que están

---

<sup>212</sup> El artículo transitorio 2 del Acto Legislativo 03 de 2017 expresa “(...) los candidatos que hubieren sido miembros de las FARC-EP, deberán, en el momento de la inscripción de las candidaturas, expresar formalmente su voluntad de acogerse a los mecanismos y medidas establecidas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”.

<sup>213</sup> Cfr. <https://colombia2020.elespectador.com/politica/por-que-el-partido-farc-no-despega>

encabezados por el Comando Central, no obstante se considera que en la actualidad su estructura ha mutado hacia un federalismo<sup>214</sup>.

Aunque en varias ocasiones ha intentado llevar a cabo negociaciones de paz con el Estado, ha mantenido la realización de acciones bélicas, fundamentalmente atentados terroristas contra la infraestructura de oleoductos<sup>215</sup>, y en centros urbanos y rurales, secuestros y extorsiones a empresas petroleras y recientemente actividades relacionadas con el narcotráfico<sup>216</sup>. Adicionalmente, algunas actuaciones recientes llevadas a cabo por este grupo muestran posibles divisiones internas, algunos ex combatientes de las FARC-EP han pasado a pertenecer a este grupo y a su vez han buscado ocupar los territorios donde antes tenía acento esta organización ya desmovilizada.

No obstante lo anterior, el ELN fue el grupo guerrillero que más sufrió los ataques de los paramilitares, esta podría ser la razón por la que el Estado no tuvo como sus prioridades o estuvo ausente en la agenda pública, teniendo un debilitamiento territorial y debiéndose reacomodar, lo que generó “(...) posponer su objetivo de lograr el control territorial para buscar, en cambio, el control de posiciones estratégicas que garanticen su supervivencia y la continuidad de la guerra”<sup>217</sup>, esta fue la forma como este grupo se readaptó a las nuevas realidad de la guerra, recrudesciendo sus actuaciones a partir del año 2007<sup>218</sup>, cuando se dio como fallida una negociación de paz que se adelantaba en aquel momento y con el fin de mostrar presencia y capacidad de daño, incluso entrado a enfrentarse con las BACRIM o neo-paramilitares<sup>219</sup>.

En cuanto a la visión de paz del ELN, se entiende como la consecución del poder popular, la cual se logrará en el momento en que se superen las razones que llevaron a la confrontación, por ello han convocado que la sociedad civil participe activamente en las

---

<sup>214</sup> APONTE, D. “Terminando el conflicto violento con el ELN: de la necesidad de finalizarlo más allá del recurso de las armas”, en *No estamos condenados a la guerra. Hacia una estrategia de cierre del conflicto con el ELN*, APONTE, D. y VARGAS, A. (eds.), Bogotá D.C.: CINEP, pp. 32-110. 2011.

<sup>215</sup> Principalmente al Oleoducto Caño Limón-Coveñas.

<sup>216</sup> Vid. RÍOS SIERRA, J. “la narcotización del activismo guerrillero de las FARC y el ELN 1998-2012” *Óp. Cit.* p. 218 y ss.

<sup>217</sup> ECHANDÍA, C y BECHARA, E. “Conducta de la guerrilla durante el Gobierno de Uribe Vélez: de las lógicas de control territorial a las lógicas de control estratégico”, en *Análisis Político*, Volumen 19, Número 57, p. 31-54, 2006. p. 32.

<sup>218</sup> Cfr. GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” *Óp. Cit.* p. 86 y 87.

<sup>219</sup> Vid. APONTE, D. “Terminando el conflicto violento con el ELN: de la necesidad de finalizarlo más allá del recurso de las armas”, *Óp. Cit.* p. 60.

negociaciones que ha adelantado con el Estado, punto que probablemente ha dificultado la concreción de un proceso de paz definitivo, puesto que hay diferencias entre las lógicas y discursos de cada uno de los actores<sup>220</sup>.

Respecto a la aplicación del DIH, esta organización guerrillera ha manifestado que cobija su actuar, al punto que en 1995 y 1996 se emitieron reglamentos donde se prohibía

“(…) a los militantes utilizar como protección a civiles durante un ataque; dañar a civiles utilizados como protección por una fuerza enemiga; lanzar ataques indiscriminados; no informar a los civiles sobre la situación de las minas; lanzar ataques destinados a aterrorizar a los civiles; forzar el desplazamiento de civiles; armar a niños menores de 16 años; llevar a cabo acciones que dañan gravemente el medio ambiente; el pillaje, los daños a vehículos o estructuras marcadas con la cruz roja y la ejecución de prisioneros fuera de combate”<sup>221</sup>.

Relacionado con lo anterior, APONTE pone de manifiesto que

“Tradicionalmente, el ELN ha tenido más cercanía con la población que otras organizaciones subversivas; su política no había sido la de victimizar, al menos mortalmente, a la población civil, de la cual consideraba que emanaba su poder, en cuyo seno el trabajo político era determinante y donde ellos se concebían a sí mismos como el poder militar que obra en apoyo del ‘poder popular’”<sup>222</sup>.

No obstante en la práctica han demostrado todo lo contrario con actos violatorios de este ordenamiento<sup>223</sup>. Precisamente Human Rights Watch concluyó de una entrevista realizada a algunos miembros del ELN que

“(…) defendieron a los civiles que suministran información, alimentos y refugio a la UC-ELN, y alegaron que están protegidos por el derecho internacional humanitario. Sin embargo, cuando les preguntamos si las personas que aportan servicios similares a los adversarios de la UC-ELN también estaban protegidas, Galán y Torres no dudaron en llamarles ‘objetivos militares legítimos’. Según Galán y Torres, hasta los ex soldados y sus familias que no participan directamente

---

<sup>220</sup> Vid. VARGAS VELASQUEZ, A. *Guerra o solución negociada. ELN: origen, evolución y procesos de paz*, *Óp. Cit.* p. 284.

<sup>221</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *Guerra sin cuartel: Colombia y el Derecho Internacional Humanitario*. *Óp. Cit.* p. 183.

<sup>222</sup> APONTE, D. “Terminando el conflicto violento con el ELN: de la necesidad de finalizarlo más allá del recurso de las armas”, *Óp. Cit.* p. 83.

<sup>223</sup> Vid. SILVA, A., ITURRALDE, M. A. y SOCHA, N. *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, *Óp. Cit.* p. 175 y 176.

en las hostilidades (protegidos claramente por el derecho internacional humanitario) siguen siendo ‘objetivos militares’ para la UC-ELN”<sup>224</sup>.

A su vez, parecería que en la historia reciente del conflicto, el ELN ha adoptado la estrategia de acciones criminales sobre la causa política, debido a que

“(…) En los últimos años se han documentado decenas de acciones militares del ELN contra civiles, como masacres, asesinatos selectivos y amenazas, que hoy son parte del modus operandi de esa organización. Es claro que tales conductas no son nuevas, puesto que desde los años noventa hay documentación sobre casos de asesinatos de civiles y masacres cometidos por esa guerrilla, pero las acciones pueden estar cambiando de rumbo, hacia el predominio de este tipo de conducta, ya que en no pocas de sus acciones se observa premeditación y selectividad contra los civiles, especialmente en el Cauca y Nariño y, con alguna frecuencia, en el Chocó”<sup>225</sup>.

Debido a la presión social y las circunstancias vividas por las FARC-EP, el ELN adoptó la decisión de negociar en el año 2016<sup>226</sup>, sin la entrega de armas o declaratorias de cese al fuego definitivo. Adicionalmente, debido a los actos terroristas llevados a cabo en los últimos años<sup>227</sup>, llevaron a que el Gobierno actual suspendiera cualquier tipo de proceso de paz con el ELN, quienes tampoco muestran señales de abandonar las armas, provocando una historia de fracasos.

Lo que se debe tener en cuenta es que el ELN es una organización no extinta, capaz de provocar violencia y generar daños a la población civil, que actualmente padece una atomización en su composición, lo que debería preocupar al Gobierno, puesto que una ruptura de esta guerrilla puede provocar el surgimiento de pequeños grupos que aun continuarán con el actuar delictivo y belicista, impidiendo una paz estable y duradera.

### **3.3.- Los grupos paramilitares**

El fenómeno paramilitar en el contexto colombiano es histórico, donde se articulan grupos armados ilegales con ideologías antsubversivas, organizados a partir de la década de los setenta, y cuya actividad se caracteriza por la forma de atrocidad y terror en que

---

<sup>224</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *Guerra sin cuartel: Colombia y el Derecho Internacional Humanitario*. Óp. Cit. p. 184-185.

<sup>225</sup> APONTE, D. “Terminando el conflicto violento con el ELN: de la necesidad de finalizarlo más allá del recurso de las armas”, Óp. Cit. p. 85.

<sup>226</sup> Al respecto se puede consultar <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/dialogos-el/Paginas/Comunicados-conjuntos/Comunicados-Conjuntos-Dialogos-ELN.aspx>

<sup>227</sup> A modo de ejemplo se encuentra el atentado realizado en la Escuela de Policía General Santander, que dejó un saldo de 21 fallecidos y 68 heridos.

cometían las vulneraciones de los Derechos Humanos y DIH. Al igual que los grupos guerrilleros, con el pasar del tiempo han tenido una evolución y progreso, al punto que actualmente se ha dado un surgimiento de nuevos grupos armados pos-desmovilización, por ello es transcendental verificar como ha sido el desarrollo de este actor en el medio de la confrontación, poniendo de manifiesto que entender su comprensión del conflicto es disímil<sup>228</sup>.

En su composición originaria se encuentran latifundistas y grandes hacendados, así como empresarios que se organizaron por la ausencia del Estado en determinados territorios del país para repeler los ataques de las guerrillas y se denominaron “Autodefensas”, las cuales se transformaron con el pasar de los años, a un movimiento vinculado con las actividades del narcotráfico como fuente de financiación de la guerra<sup>229</sup>. Basado en lo anterior, se puede afirmar que el paramilitarismo

“(…) no es simplemente una estrategia de contrainsurgencia, sino también un fenómeno que engloba mecanismos de control político y social y la promoción de un modelo económico basado en la concentración de tierra y en los proyectos agrícolas, mineros y de infraestructura en gran escala. Esta política se ha establecido sobre violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos, incluidos los desplazamientos en masa de civiles que han facilitado la expropiación ilegal de tierras mediante la cual los paramilitares tratan de blanquear la considerable riqueza generada a consecuencia de su dependencia del narcotráfico”<sup>230</sup>.

Por lo anterior, no se le puede atar una ideología política clara, puesto que cada grupo social que hacía parte de esta organización buscaba su propio interés y objetivo, desde la lucha anti-insurgente, el tráfico de drogas y hasta defender los predios y tierras, es decir, servían de servicio de seguridad para proteger esos beneficios. Al respecto AMNISTÍA INTERNACIONAL manifestó

“Durante décadas, los terratenientes han utilizado a los paramilitares para expulsar a los campesinos de tierras que deseaban expropiar o explotar. También han resultado ser útiles para resolver los conflictos laborales, principalmente mediante el uso de tácticas de terror contra

---

<sup>228</sup> Frente al paramilitarismo, se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Paramilitarismo. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia, 2018.

<sup>229</sup> Vid. VARGAS VELÁSQUEZ, A. *Colombia: escenarios posibles de guerra o paz*, Bogotá D.C.: Ediciones de la Universidad Nacional de Colombia, 2010. p. 93.

<sup>230</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL., *Colombia Los paramilitares en Medellín: ¿desmovilización o legalización?*, AMR 23/019/2005, septiembre de 2005. p. 9.

dirigentes sindicalistas, rurales y comunitarios. En muchos casos, la relación entre las élites económicas y los paramilitares se incrementaba durante los periodos de disputas laborales. También los políticos locales utilizaban a los paramilitares para eliminar a los opositores políticos y para controlar las protestas sociales atacando a activistas y dirigentes campesinos. Los intermediarios de esta relación con los paramilitares eran las fuerzas de seguridad, que coordinaban la actividad paramilitar y garantizaban que los ataques podían enmarcarse en el contexto de la estrategia de contrainsurgencia. Antes de los ataques paramilitares, los servicios de inteligencia del ejército, en sus informes, y los altos mandos de las fuerzas de seguridad, en sus declaraciones, solían tachar a los activistas o a sus organizaciones de subversivos”<sup>231</sup>.

A diferencia de lo sucedido en otras partes del mundo (como puede ser Argentina, Guatemala o Perú), donde este tipo de grupos recibían apoyo económico estatal, para el caso colombiano no se presentó de esta manera, puesto que crearon su propia economía de guerra, sino que se permitió directa o indirectamente que los paramilitares pudieran actuar contra los grupos guerrilleros, gozando inicialmente de un marco normativo (como se analizó en líneas previas); y conquistando territorios, donde posteriormente no permitían que el Estado pudiera entrar<sup>232</sup>, por ello resulta paradójico pensar que se catalogue como un aliado de las instituciones públicas<sup>233</sup>, al punto que recientemente se ha considerado que

“(…) a pesar de tratarse de una fuerza coercitiva claramente prosistémica, esto no la hizo un aliado natural del Estado: sus relaciones intrínsecas con varios sectores de la ilegalidad y sus pretensiones de control territorial convirtieron al paramilitarismo, al mismo tiempo, en enemigo y competidor del Estado”<sup>234</sup>.

Por ello, muy a pesar de la ilegalización de estos grupos en la década de los noventa por la expedición de la Constitución Política de 1991 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, los lazos con las élites económicas y la Fuerza Pública se mantuvieron, lo que generó una profundización del conflicto armado conjuntamente con el avance de las

---

<sup>231</sup> Ibíd. p. 3 y 4.

<sup>232</sup> Cfr. KOESSL, M., *Violencia y Habitus: Paramilitarismo en Colombia*, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 229

<sup>233</sup> Al respecto ZELIK considera que el paramilitarismo es un tipo de empresariado mafioso de la violencia, es decir una herramienta de carácter informal al servicio del Estado. ZELIK, R., *Paramilitarismo. Violencia y transformación social, política y económica en Colombia*, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 21.

<sup>234</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Grupos Armados Posdesmovilización (2006 - 2015). Trayectorias, rupturas y continuidades*, Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia, 2016. p. 22.

organizaciones guerrilleras<sup>235</sup>. Infortunadamente, tal como resumió el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos para este momento “(...) el paramilitarismo ha penetrado en todo el tejido social a través del dominio de sus facetas públicas y privadas”<sup>236</sup>, puesto que contaba con el apoyo de élites políticas y económicas.

Esta organización en la década de los noventa fue responsable de múltiples actos violatorios de los Derechos Humanos contra la población civil, incluyendo desplazamientos forzados, masacres, asesinatos selectivos hacia miembros de las guerrillas, militantes de partidos de izquierda, líderes sociales, y actos de terror, al punto que fueron incluidos en las listas de organizaciones terroristas extranjeras realizadas por la Unión Europea y Estados Unidos de América.

Los mecanismos de guerra utilizados por este grupo, lograron la captura de la representación política en los diferentes cuerpos del Estado, fenómeno denominado parapolítica, donde se asignaban territorios a diversos candidatos, donde obtenían entre el 80 y 90% de los votos. Esta estrategia de los paramilitares fue para apoderarse de las tierras y legalizar los despojos, decisión que estaba en manos de los organismos legislativos. Muchos de dichos políticos han sido condenados por este tipo de pactos<sup>237</sup>.

Para el año 2003, los paramilitares contaban con casi 30.000 miembros divididos en “bloques”<sup>238</sup>, con postulados ideológicos establecidos en los Estatutos Generales de las AUC, bajo el liderazgo de Carlos Castaño y tenían presencia en 380 de los 1.098 municipios de Colombia, en 25 de los 32 departamentos<sup>239</sup>, al punto que obligaron a los grupos guerrilleros de las FARC-EP y ELN a replegarse de lugares en los que se encontraban durante décadas. En ese momento se decide iniciar un proceso de negociación con el Gobierno llamado “Pacto de Santa Fe de Ralito”, lo que provocó “(...) fricciones

---

<sup>235</sup> Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. Óp. Cit. p. 143.

<sup>236</sup> Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, doc. E/CN.4/2003/13 de 24 de febrero, par. 33.

<sup>237</sup> Sobre el tema de la “parapolítica” se puede consultar CORPORACIÓN NUEVO ARCO IRIS, *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá D.C.: Stilo Impresores Ltda. 2007.

<sup>238</sup> Cfr. CIDH, *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 diciembre 2004

<sup>239</sup> Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL., *Colombia Los paramilitares en Medellín: ¿desmovilización o legalización?*, AMR 23/019/2005, septiembre de 2005. p. 9.



internas, las cuales incluyeron el enfrentamiento entre estructuras paramilitares, redefinición de liderazgos, disputas internas por influir en el proceso, y una separación aún más tajante entre las distintas organizaciones y comandantes”<sup>240</sup>, incluso estimuló confrontaciones armadas directas entre sus miembros<sup>241</sup>.

Esta negociación dio origen a la Ley 975 de 2005 – Justicia y Paz, norma que estableció un marco jurídico dirigido a la desmovilización y reincorporación a la vida civil de los grupos armados, fundamentalmente paramilitares, entendida como un mecanismo de justicia transicional con beneficios punitivos a cambio de garantizar la paz, aspectos en los que se profundizará posteriormente. No obstante, este proceso no tuvo el apoyo internacional que se esperaba, inclusive

“(…) el apoyo a la negociación con las AUC fue débil y contrastante. Ni siquiera el papel activo de la OEA a través de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz con las AUC tuvo el suficiente consenso. Pero, lo que es más importante, ese rol contrastaba con el papel crítico que asumió la ONU sobre el proceso de paz con las AUC. Esa organización argumentaba tres factores para mantener una posición de espera y crítica al proceso: la ausencia de una estrategia de paz coherente, la ausencia de un consenso político nacional frente al proceso y la naturaleza parcial del proceso que no incluía las guerrillas”<sup>242</sup>.

Infortunadamente, hechos como la revelación de alianzas de políticos regionales con paramilitares, la falta de confianza de la comunidad internacional, la extradición a Estados Unidos de América de los máximos líderes, la carencia de éxito del proceso de Justicia y Paz, y la proliferación de las economías ilegales, provocaron la aparición de los grupos neo-paramilitares o BACRIM<sup>243</sup>, dedicados fundamentalmente al narcotráfico, lo

---

<sup>240</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 901.

<sup>241</sup> Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. *Caso contra Orlando Villa Zapata (Bloque Vencedores de Arauca)*, Sentencia de primera instancia de 16 de abril de 2012. Rad. 110016000253200883280. par. 217 y ss.

<sup>242</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Grupos Armados Posdesmovilización (2006 - 2015). Trayectorias, rupturas y continuidades*, Óp. Cit. p. 40.

<sup>243</sup> Los grupos mas representativos son el Clan del Golfo, Clan Usuga, Autodefensas Organización Nueva Generación, Gaitanistas de Colombia, estos últimos a quienes se les puede asignar aproximadamente 2.600 miembros y una presencia en 260 municipios de Colombia. Cfr. FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN, *Informe Cómo va la Paz*, 2018. p. 11. Al respecto también se puede consultar COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN (CNRR). *Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá D.C.: USAID, 2007.

que genera otro tipo de conflicto, con una naturaleza económica<sup>244</sup>, puesto que casi el 80% de los mandos medios que en principio se habían desmovilizado, optaron por reincidir en los delitos. Estos grupos son mercenarios, y se han dedicado a cumplir con las instrucciones que les imparten quienes les pagan o financian para un cometido en específico<sup>245</sup>, lo que deberá tener un tratamiento como delincuencia común, sin relación con el conflicto armado y constituyéndose como una de las mayores amenazas para la paz estable y duradera de Colombia.

#### **4.- La naturaleza del conflicto armado colombiano**

Dentro del análisis que se realiza en el presente escrito, es importante determinar la naturaleza jurídica de la confrontación, puesto que este examen permitirá un estudio concreto de la regulación internacional aplicable para este caso y en lo que tiene que ver con la calificación que merece otorgársele al conflicto que ha sucedido en Colombia dejando de la lado los conceptos subjetivos, en la medida que la posición política no ha sido del todo clara, emitiéndose apreciaciones de la situación calificándose como de una guerra civil, una lucha contra el terrorismo y como conflicto armado interno.

Adicional a lo anterior, la extensión en el tiempo ha permitido que la confrontación deba ser apreciada de diversas maneras por el ordenamiento jurídico aplicable para el caso colombiano, en la medida que el mismo ha ido evolucionando, surgiendo derechos y obligaciones, los cuales no pueden desatenderse y provocando que la confrontación sea apreciada conforme a esas estipulaciones.

Cabe resaltar, que desde la expedición de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, la paz se constituyó como un pilar en el respeto de las soberanías de los Estados, generándose una mayor relevancia en lo que tiene que ver con la impunidad en las violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al DIH. Esta discusión va mas allá de una simple confusión semántica, puesto que la aplicación del DIH permitirá obligar a las partes en contienda cumplir con una serie de deberes, cuya desatención podría ser sancionable, así como permitir el reconocimiento de unos derechos a favor de las víctimas.

---

<sup>244</sup> Cft. ZELIK, R., *Paramilitarismo. Violencia y transformación social, política y económica en Colombia*, Óp. Cit. p. 57.

<sup>245</sup> Cfr. FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN, *Informe Cómo va la Paz*, Óp. Cit. p. 11.

Adicional a lo anterior, conforme a las normas de Derecho Penal Internacional, el tratamiento de ciertas modalidades de violencia desplegadas en el marco de un conflicto armado interno podría ser catalogados como crímenes de Derecho Internacional, lo que conforme al artículo 8 del ECPI permitiría la intervención de la Corte Penal Internacional (a partir de ahora CPI), conforme al principio de complementariedad.

Por ello dentro del presente acápite del escrito, se procederá a analizar si la confrontación colombiana es un conflicto armado interno, y si como consecuencia de ello, le es aplicable el DIH<sup>246</sup>.

#### **4.1.- La calificación de la confrontación colombiana como un conflicto armado no internacional.**

Conforme al desarrollo cronológico e histórico que ocupó las líneas precedentes, parecería que en un inicio la problemática en Colombia tenía un entorno similar al de una guerra civil. Frente a esta figura, MANGAS MARTÍN afirma que

“(…) la noción de guerra civil no se corresponde con la de conflicto armado interno. La guerra civil es el más caracterizado de los conflictos armados internos originado en el seno de un Estado por la división generalizada de la sociedad civil y el enfrentamiento armado de dos o más bandos y calificada por una cierta duración del conflicto, la intensidad de las operaciones militares, el carácter abierto de las hostilidades (incluso aunque se utilice la táctica de la guerra de guerrilla), el volumen y la organización de los grupos armados y, finalmente, el dominio de una parte notable o significativa del territorio nacional”<sup>247</sup>.

Para el caso colombiano en concreto, en un principio dos ideologías políticas acudieron a las armas como un mecanismo para obtener el poder. En ese sentido se puede entender la forma como se desarrollaron las circunstancias fácticas desde el Siglo XIX hasta la época de *La Violencia*<sup>248</sup>, puesto que fueron tensiones internas y actos aislados, que

---

<sup>246</sup> El DIH puede definirse como “(…) un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate”. SALMÓN, E. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima: Ed. Spondylus, 2012. p. 27. Una definición similar se puede encontrar en PICTET, Jean. “El derecho internacional humanitario: definición”. En AA. VV. *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 17-18.

<sup>247</sup> MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999. p. 59.

<sup>248</sup> Al respecto se puede consultar URIBE DE HINCAPIÉ, M. T. “Las guerras civiles y la negociación política: Colombia, primera mitad del siglo XIX” en *Revista de Estudios Sociales*, no. 16, octubre del 2003,

conforme con el artículo 1.2 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (a partir de ahora Protocolo Adicional II), norma aplicable para este caso, no son conflictos armados internos.

Posteriormente, con el surgimiento de las guerrillas, los paramilitares y la forma como se desarrollaron los actos bélicos, un sector político consideró que se trataba de una violencia terrorista (hablamos primordialmente del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez mediante la Política de Seguridad Democrática que se desarrolló en los años 2002 a 2010<sup>249</sup>), y la jurisprudencia inicial de la Corte Constitucional no reconocía la existencia de un conflicto armado interno<sup>250</sup>, lo que a la luz del Derecho Internacional cambiaría las reglas de juego respecto a los deberes y derechos que contrae una parte en contienda dentro de una confrontación con estas características, las cuales difieren si se está en una lucha antiterrorista o contra grupos rebeldes, sediciosos o insurgentes<sup>251</sup>.

Esta forma de calificar la confrontación armada se dio por la posición que asumieron los actores del conflicto (principalmente las guerrillas como se verá en líneas siguientes), quienes utilizaron mecanismos terroristas, a lo que el Estado respondió en procura de mantener la democracia. No obstante, tal como lo enuncia CÁCERES

“La falta de un adecuado análisis de la violencia política, de su marco normativo, propiciaron que el Estado combatiera uno o unos delitos de orden común con fundamento en la calificación de Terrorismo; y a su vez, los alzados en armas sintieron liberación para desconocer un régimen que en efecto combaten y como tal desconocen y tratan de derrocar”<sup>252</sup>.

---

pp. 29-41; y SÁNCHEZ, G.” De amnistías guerras y negociaciones”, en *Memorias de un país en guerra*, Bogotá D.C.: Ed. Planeta, 2001. pp. 239 – 367

<sup>249</sup> Al respecto se puede consultar la Política de Seguridad Democrática en <https://www.oas.org/csh/spanish/documentos/colombia.pdf>. p. 24-26.

<sup>250</sup> La Sentencia C – 574 de 1992 estableció que La aplicación de los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, así como la celebración de los acuerdos previstos en estos instrumentos, no afectarán al estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

<sup>251</sup> Cabe resaltar que las FARC-EP estaban incluidas en las listas de grupos terroristas internacionales de Estados Unidos de América y de la Unión Europea, de la cual fueron retirados el 27 de septiembre de 2016. Por su parte, el ELN se encuentran dentro de los grupos terroristas establecidos por la Unión Europea DECISIÓN 2009/1004/PESC del Consejo de 22 de diciembre de 2009 por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. DOUE L 346/58 de 23 de diciembre de 2009.

<sup>252</sup> CÁCERES CÁCERES, L. G. *Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2016. p. 82 y 83.

Esta situación, y la carencia de una definición de terrorismo en el Derecho Internacional<sup>253</sup>, a pesar de su prohibición, permite no reconocer el carácter de actores políticos o beligerantes a los grupos guerrilleros y criminalizar a los alzados en armas, quienes no encuentran un límite para sus actos. Por ello se debería plantear que este tipo de hechos que ejercen ciertos sujetos en el marco de un conflicto, como el caso colombiano, provocando dolor y sufrimiento al adversario o a la población civil<sup>254</sup>, entendido como aquel “(...) asesinato aleatorio de personas inocentes impulsado por la esperanza de producir un temor generalizado”<sup>255</sup>, no puede ser calificado como un delito político, sino el de un crimen común, incluso internacional, cuyas características son generar un estado de zozobra o temor intensos, ocasionados por medio de instrumentos que causen grandes destrozos o estragos.

A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que los hechos atroces que han sucedido en Colombia, como la colocación de carros bombas en diferentes zonas del país, secuestros, masacres, y el asesinato de funcionarios públicos y miembros de la población civil, cometidos por miembros de grupos narcoterroristas, no podrán ser calificados como delitos políticos<sup>256</sup>, excluyendo la posibilidad de poderseles aplicar amnistías o indultos<sup>257</sup>.

Además, los actos terroristas son de persecución por la Comunidad Internacional, en virtud de la asistencia judicial y extradición, tal como se afirma en el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1997,

---

<sup>253</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja en el año 2011 publicó *Derecho internacional humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave* donde expresó “El DIH, a veces llamado derecho de los conflictos armados o derecho de la guerra, no proporciona una definición de terrorismo, pero prohíbe la mayor parte de los actos cometidos en conflictos armados que comúnmente se consideran como “terroristas” si son perpetrados en tiempo de paz”. Se puede consultar en <https://www.icrc.org/es/faq/derecho-internacional-humanitario-y-terrorismo-respuestas-preguntas-clave>

<sup>254</sup> Respecto a las víctimas del terrorismo en España, se puede consultar CISNEROS TRUJILLO, C. “El rol y los derechos de las víctimas del terrorismo en España” en *La Ley Penal*, N° 133, julio-agosto 2018. Editorial Wolters Kluwer.

<sup>255</sup> WALZER, M., *Terrorismo y guerra justa*, trad. de Tomás Fernández y Beatriz Eguibar, Madrid: Katz editores, 2008. p. 9.

<sup>256</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 127 de 1993, Sentencia C – 171 de 1993, C – 1055 de 2003 y C – 537 de 2008.

<sup>257</sup> *Ibíd.* Sentencia C – 695 de 2002.

aprobado mediante Ley 804 de 2003<sup>258</sup>, de tal manera que si el Estado colombiano estuviera dispuesto a darle un tratamiento especial a este tipo de acción delictual, no excluiría la posibilidad sea juzgado<sup>259</sup>.

Por ello, la calificación como terroristas al enemigo requiere acciones de orden punitivo y militar, no obstante produce un desconocimiento de instrumentos normativos que afectan a la población civil y combatientes, en especial lo referente al DIH, aplicable a los conflictos armados, por ello no puede reemplazarse la figura del conflicto con la del terrorismo exclusivamente, ya que la reacción de disputa con los alzados en armas ocasiona un mensaje contrario, entendido como si se le liberara del cumplimiento de las responsabilidades que se deben asumir conforme a la regulación de los usos y costumbres de la guerra, y la observancia de los derechos protegidos por la Comunidad Internacional.

Otra situación que debe tenerse en cuenta para calificar a los grupos guerrilleros como terroristas es la tipificación de este crimen en el ordenamiento jurídico penal colombiano. En este caso el Código Penal desde el año 2000 y vigente a la fecha consagra dos delitos, por un lado los “actos de terrorismo”, establecido en el artículo 144<sup>260</sup>; y por otro el “terrorismo” definido en el artículo 343<sup>261</sup>, de lo que podemos destacar con claridad que el primero avoca una relación con el conflicto armado, lo que permite concluir que al interior de este tipo de confrontaciones pueden darse actos terroristas, los cuales incluso conllevan una mayor sanción por su impacto en la sociedad.

---

<sup>258</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 45146 de abril 2 de 2003.

<sup>259</sup> El artículo 11 del Convenio en mención expresa “A los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca ninguno de los delitos enunciados en el artículo 2 (entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura) se considerará delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos. En consecuencia, no podrá rechazarse una solicitud de extradición o de asistencia judicial recíproca formulada en relación con un delito de ese carácter por la única razón de que se refiere a un delito político, un delito conexo a un delito político o un delito inspirado en motivos políticos”.

<sup>260</sup> El artículo expresa “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años”

<sup>261</sup> La norma enuncia “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años”

Por lo expuesto en líneas anteriores, se puede concluir que plantear una confrontación armada como lucha contra el terrorismo excluye la posibilidad de emplear instrumentos de DIH, los cuales son de gran importancia para la protección de los Derechos Humanos, y que podrá acudir en el caso que se categorice como conflicto armado interno. Situación diferente resulta ser que en el marco de una confrontación se desarrollen actos terroristas, lo que sucedió en el caso colombiano, y que conforme a la jurisprudencia internacional planteada por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (a partir de ahora TPIY) en el *Caso Galic* puede catalogarse como un crimen de guerra<sup>262</sup>.

Hoy resulta sencillo concluir que Colombia se encuentra dentro de un conflicto armado interno<sup>263</sup> conforme a las características del caso en particular<sup>264</sup>, aspecto que no fue fácil de aceptar<sup>265</sup>, fundamentalmente por las consecuencias que ello podría derivar en la condición de los grupos armados y el rechazo a una eventual injerencia de otros Estados en la situación interna, o incluso de la misma CPI. Al respecto MANGAS MARTÍN expresa

“(…) el conflicto armado interno origina un problema de definición y de constatación de su existencia, tanto desde el punto de vista jurídico como desde un punto de vista práctico. No resulta fácil o, por lo menos, es susceptible de discusión, discernir las características que debe reunir una revuelta o una sublevación para entrar en la consideración del Derecho Internacional. O, simplemente no es fácil apreciar si existe o no el conflicto armado interno porque éste es, en sí

---

<sup>262</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Galic*, sentencia de 5 de diciembre de 2003, No. IT-98-29-T, par. 66.

<sup>263</sup> GASSER define de manera general el conflicto armado no internacional así: “los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado entre el Gobierno, por una parte, y grupos armados insurrectos, por otra (...) Otro caso es el derrumbe de toda autoridad gubernamental en un país, que tenga como consecuencia el hecho de que varios grupos se enfrenten entre ellos por el poder”. GASSER, H. P. “International Humanitarian Law: an introduction” en *Humanity for all: the international Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Haug (ed.), Berna: Paul Haupt Publishers, 1995, p. 555. En sentido similar se pronuncia el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el *Caso Tadic* “Existe un conflicto armado cuando hay recurso a la fuerza armada entre Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado”. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T, par. 70. Siguiendo esas líneas, se expresa CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842, par. 533.

<sup>264</sup> El Tribunal Penal Internacional para Ruanda – TPIR ha explicado que la definición de un conflicto armado se formula en abstracto y ha de decidirse en cada caso concreto. TPIR, *Caso The persecutor c. George Rutaganda*, sentencia del 6 de diciembre de 1999, No. ICTR-96-3-T, Par. 58

<sup>265</sup> Algunos consideran que debería plantearse la posibilidad que sean organizaciones internacionales o el Comité Internacional de la Cruz Roja quienes consideren una situación como conflicto armado interno. Cfr. MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Óp. Cit. p. 62 y ss.

mismo, una cuestión delicada que suscita inmediatamente acusaciones de injerencia en los asuntos internos de los Estados”<sup>266</sup>.

La forma como estaba actuando el Estado respecto a los hechos vividos en Colombia iban en menoscabo de la población civil, puesto que se contaba ya con pronunciamientos de organismos de Derecho Internacional<sup>267</sup>, donde a modo de ejemplo la CIDH en el *Caso Masacre de Mapiripán* expresó

“(…) Efectuado el examen de los elementos probatorios que constan en el expediente del presente caso, las manifestaciones de las partes, así como el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, la Corte considera probados los siguientes hechos: El conflicto armado interno en Colombia y los grupos armados ilegales denominados ‘paramilitares’”<sup>268</sup>.

Justamente por esta razón se expidió la Ley 1448 de 2011<sup>269</sup> conocida como Ley de Víctimas, donde por primera vez se realiza un reconocimiento legislativo expreso del conflicto armado interno<sup>270</sup>, ya que en su artículo 3 afirma

“Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”.

Aunque previamente el legislador colombiano había contemplado la existencia de un conflicto armado interno para el reconocimiento de los derechos de las víctimas<sup>271</sup>, la decisión de no catalogarlo como tal era de índole política, más no jurídica, por ello se resalta la importancia de la Ley de Víctimas, donde se cambia de concepción de los actos y

---

<sup>266</sup> MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Óp. Cit. p. 60.

<sup>267</sup> Cfr. CIDH. *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia de 15 de noviembre de 2000. par. 207 y 208.

<sup>268</sup> CIDH. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. par. 96. Negrita en versión original.

<sup>269</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 48096 de junio 10 de 2011.

<sup>270</sup> Aunque previamente, desde el año 1998 se venía consagrando instrumentos para la búsqueda de la convivencia pacífica, relacionadas con el conflicto armado y su reconocimiento legislativo. A modo de ejemplo encontramos las Leyes 418 de 1998, 782 de 2002 y 1106 de 2006.

<sup>271</sup> La Ley 418 de 1997 en su artículo 15 expresaba “Para los efectos de esta ley se entiende por víctimas, aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres entre otros”. Diario Oficial 43201 del 26 de diciembre de 1997.



es puesta de manifiesto por la Corte Constitucional en la sentencia C – 577 de 2014 donde expresó

“Antes de la promulgación de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas), no había una interpretación y reconocimiento unívocos del conflicto armado interno en nuestro país. Hasta el 2011, el poder ejecutivo manifestó de forma constante que en Colombia no existía una situación de conflicto armado interno, sino que por el contrario a lo que se enfrentaba el Estado era a una amenaza terrorista. En contraste, los organismos internacionales sostenían la existencia del conflicto armado. Particularmente la Organización de Naciones Unidas desde el inicio de su mandato en Colombia en 1997, reconoció la existencia de un conflicto armado en Colombia.

Actualmente, el conflicto armado interno colombiano es una realidad jurídica que ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a la luz del derecho internacional a partir del artículo 1 del Protocolo II de 1977, a través de la Ley de Víctimas y a lo largo del proceso de paz que actualmente se está llevando a cabo”<sup>272</sup>.

La calificación de conflicto armado interno genera grandes impactos de orden humanitario frente a la forma como se pueden realizar las hostilidades, sin que ello necesariamente conduzca a una reducción de la respuesta militar, muy por el contrario, humaniza las acciones armadas y busca superar la crueldad en la confrontación. La determinación de esta situación se da con base en elementos objetivos, al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C – 291 de 2007 enuncia

“(…) la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados. También cabe subrayar que la existencia de un conflicto armado ‘no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico’ de los grupos armados”<sup>273</sup>.

Para llegar a este punto es importante resaltar la influencia que ha tenido la jurisprudencia y regulación internacional, que permitieron establecer que las circunstancias facilitaban para atribuirle esa naturaleza a la confrontación, en cuanto a que se daba el cumplimiento de los requisitos que se han señalado por este ordenamiento jurídico, lo que determinará el ámbito de aplicación del DIH en consonancia con el artículo 1 del Protocolo Adicional II que expresa

---

<sup>272</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 577 de 2014.

<sup>273</sup> Ibíd. Sentencia C – 291 de 2007.

“El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

Ahora con el fin de impedir conclusiones subjetivas a futuro, analizando la observancia de los requerimientos impuestos en la regulación internacional se concluye que el caso colombiano cumple con los estándares objetivos para declararse como un conflicto armado interno<sup>274</sup>. En primer lugar, no es un conflicto internacional<sup>275</sup>, puesto que los actos se desarrollan en el territorio de su Estado, a pesar que algunos hechos fueron en territorio extranjero como la Operación Fénix realizada el día 1 de marzo de 2008 en el sector de Santa Rosa de Yanamaru – Ecuador, donde se dio la muerte de Luis Édgar Devia Silva, alias Raúl Reyes, comandante y miembro de las FARC-EP, ello no altera la condición de conflicto armado interno.

En segundo lugar, la confrontación se presenta entre la Fuerza Pública y grupos armados organizados (guerrillas y paramilitares), que como se vio en líneas anteriores, cuentan con un mando responsable (disciplina y autoridad por parte de sus miembros) y

---

<sup>274</sup> La doctrina ha incluido como requisitos adicionales: i) el reconocimiento explícito o implícito de los grupos enfrentados como insurgentes o como beligerantes; ii) que la contienda haya ingresado en la agenda del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas; iii) la existencia de una organización casi estatal a nivel de los grupos armados que enfrentan a las autoridades de iure; iv) el ejercicio de autoridad estatal por parte de los grupos armados. Estos aspectos fueron rechazados por la jurisprudencia internacional en TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T; TPIR, *Caso The persecutor c. George Rutaganda*, sentencia del 6 de diciembre de 1999, *Óp. Cit.*, Par. 58; y TPIY. *Caso The prosecutor c. Fatmir Limaj y Otros*. Sentencia del 30 de noviembre de 2005. No. IT-03-66-T.

<sup>275</sup> Algunos como VACAS FERNÁNDEZ enuncian que se trata de un conflicto armado internacionalizado. Al respecto se puede consultar VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. *Óp. Cit.* p. 207-235.

tienen control sobre algunos sectores del país, lo que les permite llevar a cabo acciones bélicas, es decir, gozan de una organización militar<sup>276</sup>.

A su vez, la jurisprudencia internacional ha desarrollado con mayor profundidad otros requisitos de los conflictos armados internos, principalmente lo que tiene que ver con la intensidad del conflicto y el nivel de organización de las partes<sup>277</sup>. Al respecto, la CPI en el *Caso Bemba* expresó que

“(…) la Cámara concluye que un conflicto armado no de carácter internacional se caracteriza por el estallido de hostilidades de un cierto nivel de intensidad, superando a las perturbaciones internas y tensiones, como disturbios, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de similar naturaleza, y que tiene lugar dentro de los confines de un territorio del Estado. Las hostilidades pueden estallar (i) entre autoridades gubernamentales y disidentes organizados armados grupos o (ii) entre tales grupos”<sup>278</sup>.

De acuerdo a lo anterior, en primer lugar frente a la intensidad de la confrontación es un punto de vital importancia para determinar la existencia de un conflicto armado, aspecto que fue desarrollado por el TPIY, con el fin de distinguir los conflictos armados de otras actividades de bandidaje, insurrecciones no organizadas y de corta duración, es decir guerras civiles o actividades terroristas, que no están sujetas a las normas humanitarias internacionales. Por ello consideró que lo relevante es verificar

“(…) La gravedad de los ataques y el posible aumento de los enfrentamientos armados, repartidas en el territorio y durante un período de tiempo, el aumento de la número de fuerzas gubernamentales, la movilización y la distribución de armas entre ambas partes en el conflicto, así como si el conflicto ha atraído la atención de las Naciones Unidas de Seguridad Consejo, y, en caso afirmativo, si alguna resolución sobre el tema ha sido aprobado”<sup>279</sup>.

Conforme a lo expuesto, la intensidad del conflicto se estudia con una serie de factores donde se pueden encontrar la seriedad de los ataques, el posible incremento de las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades en el tiempo y en un territorio<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> Este requisito es desarrollado por la jurisprudencia internacional en TPIR, *Caso The persecutor c. Alfred Musema*, Sentencia del 27 de enero de 2000, No. ICTR-96-13-T. par. 248.

<sup>277</sup> Este aspecto es puesto de manifiesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 291 de 2007.

<sup>278</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, *Óp. Cit.* par. 231.

<sup>279</sup> TPIY. *Caso The prosecutor c. Mrkšić et al.* Sentencia del 27 de septiembre de 2007. No. IT-95-13/1-T, par. 407.

<sup>280</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Fatmir Limaj y Otros.* Sentencia del 30 de noviembre de 2005. *Óp. Cit.*, par. 84.

Estos aspectos se evidenciaron en el desarrollo de la contienda bélica en Colombia, como se analizó en líneas anteriores, principalmente en la década de los ochenta y noventa, con el recrudecimiento de la violencia, profundizó su existencia y se enmarca en las características formuladas por la jurisprudencia internacional, por ello no se puede hablar de una guerra civil, puesto que las hostilidades armadas dejaron de ser un simple asunto de mantenimiento del orden. Al respecto la Oficina del Fiscal de la CPI expresó

“(…) Las FARC y el ELN muestran un grado suficiente de organización y han participado en hostilidades militares prolongadas contra el Gobierno colombiano cuya intensidad es suficiente para cumplir los requisitos del umbral de existencia de conflicto armado no de índole internacional”<sup>281</sup>.

Adicionalmente, en lo que tiene que ver con la organización de los grupos enfrentados, se habla de la capacidad que tienen de transportar y distribuir armas, existencia de cuarteles y zonas destinadas a las operaciones<sup>282</sup>, aspecto que se cumple para el caso colombiano, puesto que tanto los grupos guerrilleros como paramilitares contaban con una distribución de funciones, ya sea en “bloques” o “frentes”, quienes a su vez, en las zonas donde tenían control adiestraban y preparaban a sus combatientes, incluso este punto fue reconocido por el Estado colombiano al momento de formular la Política de Seguridad Democrática<sup>283</sup>.

Conforme a lo anterior, para concluir podemos expresar que los grupos levantados en armas que se han desmovilizado, es decir las FARC-EP y las AUC, cometieron y siguen cometiendo (para el caso del ELN que aun subsiste), actos de terror dentro de su actuar

---

<sup>281</sup> CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012. par. 126.

<sup>282</sup> Cfr. *Ibíd.* par. 85.

<sup>283</sup> Al respecto se puede consultar la Política de Seguridad Democrática en <https://www.oas.org/csh/spanish/documentos/colombia.pdf>. p. 32. A pesar de este reconocimiento, el asesor presidencial del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez José Obdulio Gaviria, expresó “Las FARC, es evidente, no controlan un territorio en el que tengan constituido un embrión de Estado, un principio de organización con los atributos de un gobierno, ejercido, aunque sea de una manera rústica y primitiva por un mando unificado. Si tuvieran control territorial, si una porción de la población colombiana, aunque fuera ínfima, estuviese viviendo bajo un régimen político establecido por las FARC, no habría más remedio que reconocerles su carácter de Estado en gestación. En ese caso, tendríamos un conflicto interno armado y al gobierno no le quedaría alternativa distinta a aceptarlo”. GAVIRIA, J. O. “Consecuencias de una Errada Definición Teórica”, en *La Estratagema Terrorista*, Bogotá D.C.: Fundación Honrad Adenauer Stiftung y Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, 2008.

como un medio de lucha<sup>284</sup>, lo que ha hecho que la Unión Europea, la ONU y la OEA y varios Estados los calificaran como terroristas. No obstante, esta situación no libera la apreciación de conflicto armado interno en Colombia y la condición de sublevados a los actores armados, en la medida que los hechos sucedidos en el país cumplen con el conjunto de caracteres objetivos planteados por el Derecho Internacional para considerarlo como tal, al punto que automáticamente entra en aplicación de lo establecido por el Protocolo II Adicional, es decir, el DIH excluyendo la discrecionalidad del Gobierno de turno, a pesar que algunos consideren que

“(…) hemos sobrepasado esta frontera no abarcada por el derecho internacional humanitario. Los enfrentamientos entre los grupos guerrilleros y las Fuerzas Armadas, los bombardeos indiscriminados contra la población civil, las masacres de civiles, son prácticas demasiado reiteradas que confirman que el país si vive un conflicto armado. La magnitud de la guerra de guerrillas sumada con las continuas violaciones de los derechos humanos, han escalado el grado de violencia a tal punto que ya hemos trascendido el especio de los disturbios y tensiones internas”<sup>285</sup>.

#### **4.2.- Consideraciones sobre la aplicación del DIH en el conflicto colombiano**

Como se enunció en el acápite previo, la confrontación en Colombia tiene la naturaleza jurídica de conflicto armado interno y esta sería la mejor manera de calificarlo, ante la evidencia del cumplimiento de los requisitos establecidos por el Derecho y la jurisprudencia Internacional, y teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas corresponden a la población civil, lo que permite aplicar el ordenamiento jurídico para esta figura, es decir el DIH<sup>286</sup>, y por ello la Constitución Política de Colombia ya consideraba claramente que en todo caso se respetaran las reglas de esta regulación, ya se de manera preventiva o sancionatoria<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> Entre otros se puede consultar MACKENZIE, E., *Las FARC, fracaso de un terrorismo*, Bogotá D.C.: Random House-Mondadori, 2007.

<sup>285</sup> VALENCIA VILLA, A. *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, 1991. p. 85

<sup>286</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas ha expresado que “(…) en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

<sup>287</sup> El artículo artículo 241.2 de la Constitución Política afirma “Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 2. No podrán suspenderse los derechos

En forma enunciativa, la regulación colombiana es suficiente para dar aplicación a las disposiciones del DIH<sup>288</sup>. Mediante la Ley 5 de 1960<sup>289</sup>, aprobó los cuatro Convenios de Ginebra, los cuales fueron ratificados dentro del año siguiente; la Ley 171 de 1994<sup>290</sup> aprobó el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, elaborado en Ginebra el 8 de junio de 1977; la Ley 554 de 2000<sup>291</sup> mediante se aprueba la Convención de Ottawa de 1997, sobre prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción; la Ley 742 de 2002<sup>292</sup> mediante la cual se aprueba el ECPI; y el Código Penal incluyó la mayoría de las infracciones graves y no graves, incluso el genocidio que se aplica aun en casos por fuera del conflicto armado, o los actos de terrorismo, en el título denominado “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”<sup>293</sup>.

Ahora, para determinar las implicaciones de emplear el DIH es relevante frente a las obligaciones que se adquiere por las partes en contienda. Al respecto, el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 expresa

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones”.

Este aspecto promueve una mayor humanización de la disputa, puesto que obliga a las partes contendientes a no atentar contra la vida e integridad de las personas que no están en la capacidad o no tienen el ánimo de combatir, prohíbe la toma de rehenes, exige permitir la asistencia de organizaciones humanitarias, etc., todo ello en procura de proteger

---

humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (...).”.

<sup>288</sup> Al respecto se puede consultar RAMELLI, A. *Derecho Internacional Humanitario y estado de beligerancia*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 47-79.

<sup>289</sup> Congreso de la República. Diario Oficial 39.360. Ratificadas el 8 de noviembre de 1961 y entraron en vigor el 8 de mayo de 1962

<sup>290</sup> Ibíd. Diario Oficial 41640 de 20 de diciembre de 1994.

<sup>291</sup> Ibíd. Diario Oficial 43858 de 18 de enero 2000.

<sup>292</sup> Ibíd. Diario oficial 44826. Declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C – 578 de 30 de julio de 2002.

<sup>293</sup> Código Penal, Título II, capítulo único, artículos 135 a 164. Es importante poner de manifiesto que las estructuras de las conductas que se describen en estas normas advierten la descripción “(...) el que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, (...)”.

a las víctimas y promover una convivencia pacífica y evitar futuros conflictos. Justamente este ordenamiento jurídico está encaminado para

“(…) regular las relaciones entre las fuerzas armadas regulares o no, que participan en el conflicto, y protege a toda persona, o categoría de personas, que no participan directamente, o que han dejado de participar en las hostilidades, por ejemplo: combatientes heridos o enfermos, personas privadas de la libertad a causa del conflicto, población civil, personal sanitario y religioso. La obligatoriedad de aplicar y respetar el Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra por parte de todos los actores del conflicto armado no puede estar sujeta a la reciprocidad de las partes, sino al hecho de que, en cuanto las partes tienen pretensiones político-militares, automáticamente se responsabilizan por la violación de dicho protocolo. Además, las normas humanitarias son obligatorias para todas las partes en conflicto, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de las partes, sino de su carácter consuetudinario”<sup>294</sup>.

Adicionalmente, al interior del DIH existen conductas prohibidas a los Estados y otras a los individuos. Las primeras, se condenan por la Comunidad Internacional de Estados, pues deben cumplir con una serie de deberes entre ellos respetar y hacer respetar este ordenamiento jurídico, impartiendo instrucciones los miembros de la Fuerza Pública para garantizar que éstos respeten y cumplan el DIH, sin esperar que el contendor atienda el contenido de estas normas; investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos; y adoptar en el derecho interno la regulación necesaria para adecuarla a los estándares establecidos por el Derecho Humanitario.

En lo que tiene que ver con los individuos, deben ser sancionados penal y administrativamente por los propios Estados Partes, fundamentalmente en lo que tiene que ver con los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, sin perjuicio del principio de jurisdicción universal al cual este tipo de delitos se encuentran sometidos. Este punto incluye a los miembros de la Fuerza Pública, puesto que en ningún caso podrá considerarse que haber atentado contra el DIH tiene relación con el servicio<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> TREJOS ROSERO, L. F. “El Derecho Internacional Humanitario en el conflicto armado colombiano. ‘propuestas para su aplicación’”, en *Derecho Y Humanidades*, N° 18, 2011, pp. 131-143. p. 134.

<sup>295</sup> El artículo 3 de la Ley 1407 de 2010 – Código Penal Militar afirma “(…) en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia (...)”

Este punto abre la posibilidad de analizar la forma como podría obligar a sujetos no internacionales como las fuerzas irregulares, tal y como se enuncia en diversos instrumentos internacionales<sup>296</sup>, puesto que no cabe duda que el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los habitantes de su territorio y de asegurar que estos puedan gozar de garantías mínimas en el respeto de sus derechos. Por ello es importante poner de manifiesto lo que han considerado los actores no estatales frente al DIH.

Las FARC-EP tenían un discurso de respeto por el DIH, aunque sus actuaciones demostraban lo contrario, fundamentalmente porque pensaban que el Protocolo II y el artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra podían ser objeto de interpretación, y bajo esta óptica la población civil era considerada objetivo militar, tal como se enunció en líneas previas. No obstante, fue hasta el 9 de noviembre de 2012, en el marco de las negociaciones de paz recientes que, mediante comunicado remitido al Comité Internacional de la Cruz Roja, reconoció su aplicación<sup>297</sup>.

En cuanto al ELN, ha manifestado que el DIH cobija su actuar, al punto que tienen reglamentos para reprender y disciplinar a los miembros que atenten contra estas normas, no obstante, su actuar también ha sido contradictorio. Respecto a los paramilitares, no hacen mención de respetos mínimos humanitarios, y su actuar fue claramente violatorio de los Derechos Humanos<sup>298</sup>.

No obstante, esta posición de los actores no estatales del conflicto armado colombiano, resulta claro que se les aplica el DIH, puesto que en circunstancias fácticas con cierta similitud, Tribunales Internacionales han investigado e impuesto sanciones, puesto que como lo enuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora Comisión IDH)

---

<sup>296</sup> Ello podría concluirse del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; también está dispuesto así en otros tratados aplicables a conflictos armados no internacionales, tales como la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales (artículo 19.1), en el Segundo Protocolo a la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales (artículo 22), y en el Protocolo II (enmendado) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (artículo 1.3)

<sup>297</sup> Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. Óp. Cit. p. 327 y 328.

<sup>298</sup> Vid. SILVA, A., ITURRALDE, M. A. y SOCHA, N. *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, Óp. Cit. p. 178.



“(…) las disposiciones obligatorias del artículo 3 común obligan y se aplican expresamente por igual a ambas partes de los conflictos internos, vale decir el gobierno y las fuerzas disidentes. Además, la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte”<sup>299</sup>.

Ahora, la aplicación del DIH es independiente del estatus que tengan los contendores, y por ello no implica de manera alguna que se de legitimidad de las acciones, ni el reconocimiento de beligerantes<sup>300</sup> o insurgentes<sup>301</sup>. Al respecto MANGAS MARTÍN afirma

“(…) Se prima el respeto y la preservación de la vida humana sobre consideraciones jurídicas abstractas de la personalidad internacional de los rebeldes, a su vez beneficiarios de ese respeto esencial a la condición humana y sujetos también a las mismas obligaciones respecto de la otra parte”<sup>302</sup>.

Justamente, el Estado colombiano siempre se mostró renuente a otorgar el estatus de beligerancia a cualquier grupo armado<sup>303</sup>, muy a pesar de las pretensiones de estos, o las propuestas de gobiernos extranjeros para lograr que dejaran de utilizar mecanismos de violencia como el secuestro. No obstante, tal como lo considera DÍAZ BARRADO, la figura de la beligerancia en el Derecho Internacional se encuentra en decadencia<sup>304</sup>, y la

---

<sup>299</sup> Comisión IDH. *Caso La Tablada* – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 – Juan Carlos Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

<sup>300</sup> Los beligerantes conforme pueden definirse como “(…) los miembros de un grupo armado que se ha sublevado contra el Gobierno de un Estado y llega a controlar una parte del territorio de dicho Estado y es establecer sobre él cierta organización”. QUINTANA, J. *Derecho internacional público contemporáneo*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2011. p. 65. Al respecto también se puede consultar PRIETO, R., “Del reconocimiento de beligerancia al de grupo armado o terrorista: ¿nuevos sujetos para un nuevo derecho?”, en *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje a Germán Cavelier*, Ricardo Abello Galvis (edits.), Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2006, pp. 280-307; y RAMELLI, A. *Derecho Internacional Humanitario y estado de beligerancia*, *Óp. Cit.* p. 15-46.

<sup>301</sup> Al respecto el último párrafo del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra expresa “(…) La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

<sup>302</sup> MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, *Óp. Cit.* p. 153 y 154.

<sup>303</sup> A pesar de lo anterior ESTUPIÑÁN SILVA recuerda que la condición de beligerancia fue reconocida por los diferentes gobiernos en las negociaciones adelantadas y se incluyeron en el ordenamiento jurídico en el artículo 8 de la Ley 418 de 1998, artículo 2 de la Ley 782 de 2002 y el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012. Cfr. ESTUPIÑÁN SILVA, R. *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013, p. 131.

<sup>304</sup> Cfr. DÍAZ BARRADO, C. M. “Conflicto en Colombia y Derecho Internacional: Dos cuestiones de interés”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), pp. 57-70. 2017. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, p. 62 y 63.

aplicación del DIH debe darse de manera independiente a la declaración de beligerancia, en la medida que estamos ante normas que contienen Derechos Humanos.

Ahora bien, la importancia de la aplicación del DIH se configura conforme a dos principios, a saber, el Principio de Limitación, consistente en “(...) la fuerza usada debe ser la estrictamente necesaria para obtener la ventaja sobre el adversario, y debe examinarse previamente la relación existente entre la ventaja del ataque y los efectos negativos que produzca en las personas y sus bienes”<sup>305</sup>; y el Principio de Distinción que “(...) impone diferenciar entre quiénes son y quiénes no son combatientes, y entre los bienes que pueden y no pueden ser utilizados en un conflicto armado”<sup>306</sup>.

La regla de distinguir entre población civil y combatientes<sup>307</sup> permite una protección sobre las personas y bienes frente al peligro que procede de las hostilidades<sup>308</sup>. Tal y como lo consagra la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción busca

“(...) la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”<sup>309</sup>.

Este aspecto lleva a determinar quienes son combatientes y quien se considera población civil. En sentido genérico, los primeros serían aquellas personas que forman parte de la Fuerza Pública o de los grupos armados irregulares, o toman posición en las hostilidades, y no gozan de las protecciones contra los ataques como si lo tendrían los civiles. Respecto de los segundos, refiere a las personas que congregan las dos condiciones de no ser miembros de la Fuerza Pública u organizaciones armadas irregulares enfrentadas, y no participan como sujetos activos en las hostilidades. Infortunadamente en la

---

<sup>305</sup> FUENTES HERNÁNDEZ, A. *Educación en derecho internacional humanitario, manual práctico para docentes*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2002. p. 34.

<sup>306</sup> *Ibíd.* p. 34.

<sup>307</sup> A modo de ejemplo, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997, de la que es parte Colombia establece este principio.

<sup>308</sup> El artículo 13 del Protocolo Adicional II expresa “La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”. A su vez, el TPIY al respecto afirma “El punto que debe enfatizarse es el carácter sacrosanto del deber de proteger a los civiles”. Cfr. TPIY. *Caso The persecutor c. Kupreskic*, Sentencia 14 de enero de 2000, No. IT-95-16-T. par. 513. Traducción libre.

<sup>309</sup> Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. Traducción Libre.

confrontación colombiana “(...) no siempre los grupos armados que se enfrentan a las Fuerzas Armadas se distinguen de la población civil ni portan abiertamente las armas y en muchas ocasiones, la población civil ha sido usada como escudo”<sup>310</sup>.

Adicionalmente, la forma como se ha desarrollado el conflicto armado interno en Colombia y las modalidades de violencia que se han desplegado con una degradación de la confrontación han desbordado las enunciaciones del DIH. Al respecto VELA ORBEGÓZO

“En efecto, en sociedades que han padecido las consecuencias de conflictos armados internos desarticulados y de prácticas de guerra degradadas, como la colombiana, las normas internacionales de carácter humanitario se quedan cortas a la hora de establecer responsabilidades internacionales porque algunas personas civiles participan directamente en las hostilidades y pierden de manera circunstancial su condición de personas protegidas”<sup>311</sup>.

Ahora, para el caso de Colombia, el análisis del reconocimiento y estatus de combatientes se dio por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 291 de 2007, donde partiendo del principio de distinción, considera que el DIH tiene aplicación en el ordenamiento jurídico interno tomando en cuenta la figura del “*bloque de constitucionalidad*”, reconocido en la Constitución Política de Colombia<sup>312</sup> y desarrollado en otras latitudes como Alemania, Francia o España, en el que se integran como norma superior el conjunto de tratados adoptados en materia de Derechos Humanos y DIH, superando la idea clásica de soberanía nacional del derecho constitucional<sup>313</sup>.

El concepto de bloque de constitucionalidad se refiere a la presencia de normas que tienen el rango de supraleales, que no se encuentran en el texto escrito, de tal manera que

---

<sup>310</sup> RAMÍREZ QUESADA, S. “La aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Colombia”, en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (Coord.), Getafe: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, 2013. p. 141.

<sup>311</sup> VELA ORBEGÓZO, B. “Los ideales de la paz y los tiempos de la guerra” en *Boletín de Historia y Antigüedades*, No. 856, enero-junio de 2013, Órgano de la Academia Colombiana de Historia, Ed. Kimpres Ltda. pp. 9-76. p. 59.

<sup>312</sup> El artículo 93 afirma expresamente que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En vigencia de la Constitución de 1886, no fue acogida la idea que pretendía la prelación de los tratados y convenios internacionales que contenían compromisos relativos sobre Derechos Humanos y DIH y el Estado no realizó mayores esfuerzos para obtener una armonía entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno, de tal manera que las figuras relacionadas con la responsabilidad internacional del individuo no tenían aplicación.

<sup>313</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 574 de 1992. Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto<sup>314</sup>. Sin embargo, la Corte Constitucional estableció como límite a esta figura en la medida que para que opere la prevalencia de tratados internacionales en el orden interno, se requiere de dos supuestos inseparables, por un lado el reconocimiento de un derecho humano, y por otro, que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción<sup>315</sup>. Conforme a lo anterior, los actores armados se encuentran sometidos estas normas, de forma permanente y constante.

Adicionalmente, este Tribunal por medio de sus pronunciamientos ha creado la posición que los Convenios relativos a DIH prevalecen en el ordenamiento jurídico interno y se incorporan en la Carta Política<sup>316</sup>, catalogándolos como una nueva fuente de derecho, lo que impulsó al Estado a adaptar la legislación que existía en aquel entonces, con el propósito de volverlo efectivo.

A su vez, el DIH no solo establece consideraciones de protección a los combatientes y la población civil en el desarrollo de hostilidades, sino también en lo que tiene que ver con etapas posconflicto, ya que al momento de iniciar negociaciones de paz se deberán establecer responsabilidades en Justicia Transicional, puesto que las infracciones en medio de un conflicto armado son juzgadas con observancia al Protocolo Adicional II<sup>317</sup> por remisión del ECPI<sup>318</sup>, así como la posibilidad de emplear herramientas como las amnistías a las personas que participaron en la confrontación<sup>319</sup>, para delitos políticos o comunes, más

---

<sup>314</sup> ESTRADA VÉLEZ expresa que el bloque de constitucionalidad es “(...) el conjunto de normas que configuran una unidad constitucional que es empleada como parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento”. ESTRADA VÉLEZ, S.I. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín, 2005. p. 79.

<sup>315</sup> *Ibíd.*, Sentencia C – 225 de 1994. Revisión oficiosa del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Al respecto también se puede consultar NIETO NAVIA, R., “Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad”, en *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje a Germán Cavelier*, Ricardo Abello Galvis (edits.), Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2006, pp. 49-88.

<sup>316</sup> *Ibíd.*

<sup>317</sup> El artículo 6.1 del Protocolo II expresa “El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”.

<sup>318</sup> El artículo 8.2.c) del ECPI afirma “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”

<sup>319</sup> El artículo 6.1 del Protocolo II enuncia “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto

no a los denominados crímenes de Derecho Internacional<sup>320</sup>. Este es el obstáculo en medio de la negociación, puesto que muchos grupos con algún grado de poder, no tienen la intención de ceder en el proceso reconciliatorio.

A modo de conclusión, el DIH tiene plena aplicación en Colombia, aunque cuenta con ciertos problemas, fundamentalmente al momento de determinar las responsabilidades por violaciones a este ordenamiento jurídico, quienes deberán ser juzgados y sancionados, so pena de afectar la imagen del país en caso de intervención por parte de la CPI, ante la inoperancia de la justicia colombiana<sup>321</sup>.

#### **4.3.- La utilización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el conflicto colombiano**

En lo que tiene que ver con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, al conjunto de instrumentos internacionales aprobados y suscritos para reconocer derechos inalienables a los miembros de una sociedad y otorgarles mecanismos de protección supraestatal, también tiene aplicación en Colombia, conforme al Bloque de Constitucionalidad tal como se formuló anteriormente y por los tratados aprobados y ratificados por el Estado.

Este ordenamiento jurídico tiene como propósito proteger en todo tiempo y lugar derechos como a la vida<sup>322</sup>, a la integridad personal, a la honra, a la libertad y al debido proceso, integrando principios básicos del Derecho Internacional que obligan al Estado, y

---

armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

<sup>320</sup> Vid. BOTERO MARINO, C. y RESTREPO SALDARRIAGA, E. “Estándares Internacionales y Procesos de Transición en Colombia”, en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Angelika Rettberg (ed.), Bogotá D.C.: Corcas Editores Ltda., 2005, p. 20. También el Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005 expresa “(...) los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas”.

<sup>321</sup> Véase AMBOS, K. *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*. Berlín: Springer, 2010. Capítulo V.

<sup>322</sup> Sobre este derecho en el conflicto armado interno de Colombia se puede consultar RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “Targeted Killing. De los ataques letales selectivos y a las ejecuciones extrajudiciales”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, pp 349-386.

se complementa con el DIH<sup>323</sup>, puesto que este se encuentra diseñado para condiciones de conflicto armado interno<sup>324</sup>.

Colombia ha ratificado distintos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, dentro de los que podemos destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968<sup>325</sup>; la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada mediante Ley 16 de 1972<sup>326</sup>; la Convención contra la Tortura y Otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, ratificado mediante Ley 70 de 1986<sup>327</sup>; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada mediante Ley 28 de 1959<sup>328</sup>; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada mediante Ley 707 de 2001<sup>329</sup>; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para aprobada mediante Ley 248 de 1995<sup>330</sup>; la Convención sobre los Derechos del niño, ratificada mediante Ley 12 de 1991<sup>331</sup>. Todo este ordenamiento jurídico tiene como objetivo satisfacer los derechos de las víctimas de graves violaciones a la verdad, justicia y reparación.

La relevancia de estas normas se evidencia en la posibilidad de acudir a organismos internacionales, de acuerdo a las solicitudes individuales que se formulen, para imponer las condenas a los Estados cuando se presente alguna vulneración, desarrollado primordialmente en órganos regionales, quienes también se han pronunciado sobre el respeto al DIH, como recientemente ha sucedido en el Tribunal Europeo de Derechos

---

<sup>323</sup> Al respecto se puede consultar para el caso colombiano FERNANDEZ LIESA, C., “Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, pp 67-75.

<sup>324</sup> Cfr. GASSER, H. P. “Humanitarian Law and Human Rights Law”. En *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 155.

<sup>325</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 32682 de diciembre 12 de 1968.

<sup>326</sup> *Ibíd.*, Diario Oficial 33780 de febrero 5 de 1973.

<sup>327</sup> *Ibíd.*, Diario Oficial 37737 de diciembre 17 de 1986.

<sup>328</sup> *Ibíd.*, Diario Oficial 29962 de junio 1 de 1959.

<sup>329</sup> *Ibíd.*, Diario Oficial 44632 de diciembre 1 de 2001.

<sup>330</sup> *Ibíd.*, Diario Oficial 42171 de diciembre 29 de 1995.

<sup>331</sup> *Ibíd.*, Diario Oficial 39640 de enero 22 de 1991.

Humanos en los casos *Varnava y otros c. Turquía*<sup>332</sup>, *Al-Jedda c. Reino Unido*<sup>333</sup> y *Janowiec y otros c. Rusia*<sup>334</sup>.

En este punto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido una influencia importante sobre la protección de las personas frente a la violencia de los conflictos armados en asuntos resueltos por la CIDH sobre Colombia se pueden encontrar casos como *Las Palmeras c. Colombia*<sup>335</sup>, *Masacre de Mapiripán c. Colombia*<sup>336</sup>, *Masacres de Ituango c. Colombia*<sup>337</sup>, *Masacre de La Rochela c. Colombia*<sup>338</sup>, entre otros<sup>339</sup>.

Por su parte, la Comisión IDH ha puesto su atención al caso colombiano, principalmente en lo que tiene que ver con las violaciones a los Derechos Humanos en el marco del conflicto armado. Mediante Informe realizado el año 2011 expresa que

“(…) la perdurabilidad de la paz está ligada a la no repetición de crímenes de derecho internacional, de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, al esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia a través de mecanismos aptos para establecer la verdad de lo sucedido, administrar justicia y reparar a las víctimas del conflicto. Colombia aun enfrenta desafíos en materia de desarticulación de las estructuras armadas ilegales e implementación del marco legal adoptado con el fin de juzgar los crímenes perpetrados durante el conflicto”<sup>340</sup>.

Conforme a este análisis, la Comisión IDH emitió recomendaciones relacionadas con los derechos a vida, integridad personal y libertad personal, acceso a la justicia, disposiciones frente a grupos sociales de minorías raciales, indígenas y afrodescendientes,

---

<sup>332</sup> TEDH. *Caso Varnava y otros c. Turquía*. Sentencia del 18 de septiembre de 2009.

<sup>333</sup> TEDH. *Caso Al-Jedda c. Reino Unido*. Sentencia del 7 de julio de 2011.

<sup>334</sup> TEDH. *Caso Janowiec y otros c. Rusia*. Sentencia del 16 de abril de 2012.

<sup>335</sup> CIDH. *Caso Las Palmeras c. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001.

<sup>336</sup> CIDH. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005

<sup>337</sup> CIDH. *Caso Masacres de Ituango c. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006.

<sup>338</sup> CIDH. *Caso Masacre de La Rochela c. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007.

<sup>339</sup> Relacionado con Colombia se encuentran CIDH. *Caso Escué Zapata c. Colombia*, sentencia de 4 de julio de 2007; *Caso Valle Jaramillo c. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008; *Caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010; *Caso Vélez Restrepo c. Colombia*, sentencia de 3 de septiembre de 2012; *Caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013; *Caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012; *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014; *Caso Yarce y Otras c. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016; *Caso Vereda La Esperanza c. Colombia*, sentencia de 31 de agosto de 2017; *Caso Carvajal Carvajal y Otros c. Colombia*, sentencia de 13 de marzo de 2018.

<sup>340</sup> Comisión IDH. *Informe anual 2011, Capítulo IV: Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69 de 30 de diciembre de 2011. p. 367.

de los que ha hecho seguimiento en los años 2017<sup>341</sup> y 2018<sup>342</sup>, y ello ha generado que el Estado deba ser muy cuidadoso en procura de cumplir con lo ordenado, lo que denota que hay una convergencia entre el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual

“(…) responde en parte al proceso de humanización que caracteriza al Derecho internacional contemporáneo. Aunque una completa humanización del conflicto supondría quizá la inexistencia de este, es indudable que cada vez más la normatividad, aplicación y supervisión del DIH presenta rasgos más humanos”<sup>343</sup>.

Como se enunció en otra oportunidad<sup>344</sup>, la trascendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha visto reflejada en los diversos procesos de justicia transicional formulados en Colombia, máxime cuando se trata de las reglas y obligaciones que deben cumplir los Estados al momento de adelantar mecanismos para superar los conflictos y proclamar los derechos de las víctimas, entendido como una vertiente importante desarrollada profundamente en los últimos años, teniendo en cuenta que ha suscrito tratados internacionales<sup>345</sup>. Al respecto FERNÁNDEZ LIESA expresó

“(…) los conflictos armados, internacionales o internos, han tenido a lo largo del siglo XX una incidencia relevante en los Derechos Humanos, pues fundamentalmente los afectados son mayoritariamente la población civil. En la actualidad los conflictos armados tienen por víctimas, en más de un 90%, a población civil, como ya dijimos. Esto es así también en el conflicto colombiano, cuyo impacto en los Derechos Humanos es muy relevante, como han puesto de manifiesto los órganos judiciales internos de Colombia, fundamentalmente desde la entrada en vigor de la Ley Justicia y Paz, de 2005, los informes de los organismos internacionales, tanto de Naciones Unidas

---

<sup>341</sup> Véase Comisión IDH. *Informe anual 2017, Capítulo V: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 210 de 31 diciembre 2017.

<sup>342</sup> Véase Comisión IDH. *Informe anual 2018, Capítulo V: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. de 31 diciembre 2018.

<sup>343</sup> SALMÓN, E. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Óp. Cit. p. 75.

<sup>344</sup> El autor del presente escrito se pronunció frente a este punto y se transcribirá textual lo expresado en CISNEROS TRUJILLO, C. *Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en los procesos de justicia transicional en Colombia*. Trabajo de fin de Master para optar al título de Master en Derecho Público en la Universidad Carlos III, dirigido por Félix Vacas Fernández, presentado el 30 de enero y defendido el 22 de febrero de 2018.

<sup>345</sup> Respecto al contenido obligacional de la Convención Americana de Derechos Humanos frente a los Estados se puede consultar MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. San José Costa Rica: Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2005; y VENTURA ROBLES, M. E. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.



como de la Organización de Estados americanos–, la Corte interamericana de Derechos Humanos etc.”<sup>346</sup>.

El dinamismo normativo se ve con mayor profundidad en lo que tiene que ver con los compromisos adquiridos con la suscripción del ECPI, puesto que algunas normas establecidas en la Carta Fundamental entraban en incompatibilidad con el mencionado Estatuto, a modo de ejemplo la posibilidad de imponer la pena de prisión perpetua, la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la comisión de los hechos punibles, la revisión de decisiones judiciales internas, y el sistema procesal que adoptaría la CPI considerado como “*acusatorio puro*”, puesto que para aquel entonces el régimen penal interno colombiano era “*acusatorio mixto*”.

La conclusión a la que se llegó finalmente fue adoptar el ECPI internamente como mecanismo para luchar contra las violaciones de los Derechos Humanos y su entrada en vigencia denotó el proceso de internacionalización para la protección de las personas y de bienes jurídicos como mecanismo para erradicar la impunidad<sup>347</sup>, sin olvidar que la competencia de la CPI es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, y se activaría cuando el Estado parte del Estatuto se niegue o no tenga la capacidad de investigar y enjuiciar a las personas que cometan los crímenes de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

Esta decisión no era sencilla puesto que cuando se habla de Colombia, en el tema de los Derechos Humanos encontramos que es catalogado como uno de los países más violentos del mundo, donde se han dado actos delictivos de todas las naturalezas, con múltiples actores y con un grado de impunidad muy alto, de tal manera que las implicaciones para un Estado al reconocer competencia de la CPI debía analizarse con detenimiento, por su implicación y consecuencias en la medida que la misma se fundamenta en que la Corte actúa frente a las personas naturales, singulares o plurales, ya sea autores o partícipes, con una conducta tentada o consumada, sin importar el cargo

---

<sup>346</sup> FERNANDEZ LIESA, C., “Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano”, *Óp. Cit.* pp 67-75.

<sup>347</sup> Vid. CELEDÓN, O. J. “La responsabilidad penal por quebrantamiento del rol institucional en la violación de los derechos humanos”. *Revista de Derecho Público*, No. 25, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, julio – diciembre de 2010, pp. 1-39.

oficial desempeñado por quien realiza el hecho; y la responsabilidad del Estado sigue subsistiendo<sup>348</sup>.

Fue así como el día 5 de agosto del año 2002, el Estado colombiano entregó formalmente el instrumento de ratificación del ECPI ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York<sup>349</sup>. Este hecho, fue aceptado por la mayoría de las organizaciones defensoras de los derechos humanos, quienes lo catalogaron como un mensaje directo enviado a los actores armados que participaban en el conflicto interno, con el propósito de erradicar aquellas conductas consideradas como violaciones a los Derechos Humanos y al DIH, puesto que su realización los volvería sujetos de la jurisdicción de la CPI.

Esta circunstancia cambió pocos días después, cuando se supo el Estado colombiano hizo uso de la cláusula consagrada en el artículo 124 del ECPI en el momento de la ratificación<sup>350</sup>. Esta posición suscitó un debate al entenderse que ésta promovía la inmunidad e impunidad para personal civil o militar para el caso de los crímenes de guerra cometidos en el conflicto interno. No obstante, el Gobierno consideró permitirse ese tiempo a efectos de posibles consecuencias frente a los procesos de paz que se adelantaban para aquel entonces.

Sin embargo, se debe aclarar que la CPI, una vez cumplido el término anteriormente enunciado, tendría competencia para conocer de casos puntuales relativos a crímenes considerados como graves por el Derecho Internacional, sin importar el momento en que fueran realizados, de tal manera que podrían ser juzgados o investigados cuando el Estado colombiano no lo hubiere realizado adecuadamente por razones de incapacidad o falta de voluntad, es decir, para el caso de los crímenes de genocidio y lesa humanidad cometidos en Colombia a partir del 1 de noviembre de 2002 y los crímenes de guerra a partir del 1 de noviembre de 2009.

---

<sup>348</sup> Vid. GUERRERO PERALTA, O. J., *Corte Penal Internacional*, Bogotá: Legis, 2003. p. 215.

<sup>349</sup> Siendo el Estado 77 en realizar la ratificación del mismo.

<sup>350</sup> Dicha cláusula expresa que “un Estado, al hacerse parte del Estatuto, puede declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entra en vigor, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 (Crímenes de Guerra) cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. También establece, que dicha declaración puede ser retirada en cualquier momento”.

Por otro lado, para estar acorde con los compromisos adquiridos en el ECPI se debía adecuar el ordenamiento jurídico penal y el procedimiento penal. Con la Ley 599 de 2000 – Código Penal<sup>351</sup>, que entrara en vigencia el 24 de julio de 2001, se consagra como bien jurídico que busca la protección de “*personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*”, progreso relevante que demostraba la intención del Estado de acometer con sus deberes, pues procuraba acercarse a los elementos genéricos plasmados en los Convenios de Ginebra y al Protocolo II<sup>352</sup>. Incluso hay una aproximación con lo estipulado en el ECPI, en cuanto a los elementos y características de los crímenes, como lo veremos en líneas posteriores.

A su vez, el procedimiento penal se modificó hacia un sistema puramente acusatorio mediante la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal<sup>353</sup>. Esta situación no se notaba en el Código Penal Militar, contenido en la Ley 522 de 1999<sup>354</sup>, donde la única referencia sobre estos puntos era que no podrían considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia<sup>355</sup>, situación modificada posteriormente mediante el artículo 3 de la Ley 1407 de 2010<sup>356</sup>.

Frente a la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considerado como un ordenamiento constituido para proteger a las víctimas, actualmente no existe en Colombia discusión alguna, toda vez se han desarrollado varios procesos de acuerdos humanitarios como mecanismo planteado para superar los conflictos armados, incluso el Estado colombiano ratificó mediante Ley 742 de 2002<sup>357</sup> su inclusión en el ECPI, estableciendo en el artículo 8(2)(f)

---

<sup>351</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

<sup>352</sup> En el parágrafo del artículo 135 Se puede encontrar elementos como conflicto armado, combatiente, no combatiente, asistencia humanitaria, población civil y personas y bienes protegidos.

<sup>353</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.

<sup>354</sup> Ibíd., Diario Oficial No 43.665 de 13 de agosto de 1999.

<sup>355</sup> Artículo 3 de la Ley 522 de 1999.

<sup>356</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 47804 de agosto 17 de 2010. El artículo 3 expresa “Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

<sup>357</sup> Declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C – 578 de 30 de julio de 2002.

“(…) el párrafo 2(e) del presente artículo (que define como crímenes de guerra las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados no internacionales) se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

En este punto juega un papel muy importante los derechos de las víctimas, fundamentalmente para que un proceso de justicia transicional lleve a una reconciliación efectiva y una construcción de paz sostenible, por ello la regulación internacional es trascendental tal como enuncia el VACAS FERNÁNDEZ

“(…) la Comunidad internacional está iniciando el camino de elaborar un auténtico estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales, que a nivel universal tiene como hitos de aprobación de sendas resoluciones por la Asamblea General de Naciones Unidas: la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, y los citados Principios y directrices básicos sobre el derechos de las víctimas de violaciones”<sup>358</sup>.

A pesar que normativamente se han evidenciado los compromisos adquiridos, infortunadamente las graves deficiencias del sistema de justicia penal en materia de Derechos Humanos, manifestadas en las dificultades de identificación de los presuntos responsables, de cumplimiento de las órdenes de captura o en la ausencia de sanciones por las más graves violaciones a los mismos y al DIH, continúa siendo una constante en Colombia.

Esto conllevó a que la Fiscalía de la CPI emitiera un reporte comunicando al Gobierno en el año 2005 que ha recibido información sobre la comisión de delitos que se encuentran en su competencia y enviando misiones en los años 2007 y 2008 a efectos de recolectar documentación y realizar un análisis de la información recibida, iniciando en el año 2012 lo que para algunos como VACAS FERNÁNDEZ es conocido como el paso de la

---

<sup>358</sup> VACAS FERNÁNDEZ, Félix, “Los derechos de las víctimas y la negociación: el caso de Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa j José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, pp 541-589.

Fase 2 a la 3 del “*Examen Preliminar*” que realiza la Fiscalía<sup>359</sup>, en relación con la comisión de crímenes de lesa humanidad por actores no estatales<sup>360</sup>; crímenes de guerra presuntamente cometidos por actores no estatales<sup>361</sup>, principalmente por grupos guerrilleros en el entendido que los grupos paramilitares se habían desmovilizado en el año 2005; y actos cometidos por las fuerzas estatales, policía y ejército que constituyen crímenes de lesa humanidad<sup>362</sup> y de guerra<sup>363</sup>.

Justamente como lo manifestamos anteriormente, Colombia consagrando medidas de justicia transicional<sup>364</sup>, ha buscado intentar sanar las diferentes heridas que surgen en la sociedad como producto de las violaciones a los Derechos Humanos, avanzar en el proceso de reconciliación social, sin olvidar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la reparación integral, la justicia y la verdad, reduciendo la impunidad, responsabilizando a los culpables, promoviendo la eliminación de las diversas causas y garantizando la no repetición de las vulneraciones.

Aunque por medio de este ordenamiento jurídico el Estado colombiano ha promovido la superación de las graves violaciones a Derechos Humanos, la impunidad aparentemente sigue latente (como se verá en cada uno de los crímenes objeto del Estatuto), y de las posibilidades para que la CPI ejerza su competencia a corto o mediano plazo sobre los hechos que han acontecido, solo parece ofrecer oportunidades la iniciativa del Fiscal, puesto que no se solicitará directamente y no parece posible que sea sometida por el Consejo de Seguridad, denotan la importancia de los pronunciamientos e informes que se han dado hasta el momento<sup>365</sup>.

---

<sup>359</sup> Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017, p. 457.

<sup>360</sup> CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 37-91.

<sup>361</sup> *Ibíd.* par. 132-147

<sup>362</sup> *Ibíd.* par. 92-122.

<sup>363</sup> *Ibíd.* par. 148-151.

<sup>364</sup> Esta figura será desarrollada con mayor profundidad en capítulos siguientes.

<sup>365</sup> Vid. PIGRAU SOLÉ, A., “Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), pp. 655-690, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, p. 665.

De tal manera que se deberá analizar, conforme el artículo 17 del ECPI, sobre las cuestiones de admisibilidad para el caso colombiano, la voluntad o disposición del Estado, como expresa QUESADA ALCALÁ

“En los supuestos de asuntos ya investigados, o investigados y abandonados, así como enjuiciados por las jurisdicciones nacionales, como es el caso colombiano, la Corte habrá de realizar un juicio de valor sobre la incapacidad o falta de disposición del Estado para llevar adelante un caso, que redundará en la valoración del funcionamiento de las jurisdicciones nacionales, la intención de éstas, e incluso su independencia respecto de los poderes políticos del Estado correspondiente”<sup>366</sup>.

Relacionado a ello, la Fiscalía de la CPI ha examinado las actuaciones del Estado contra los miembros de los diferentes actores en el conflicto en aras de establecer si con ocasión del principio de complementariedad hay lugar a admitir la causa. El análisis adelantado a la fecha parece indicar que esta posibilidad se encuentra suspendida más no desechada del todo, en la medida que las autoridades colombianas han puesto en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz; previamente había realizado acciones judiciales contra miembros de los grupos guerrilleros en la jurisdicción penal ordinaria<sup>367</sup>; algunos de los miembros grupos paramilitares han sido enjuiciados y condenados<sup>368</sup>; Congresistas que han sido sancionados por la Corte Suprema de Justicia por promover grupos armados al margen de la ley<sup>369</sup>; y miembros de la Fuerza Pública, que han sido sometidos a condenas de prisión, aunque existe preocupación frente a los casos de mandos superiores y acciones de ejecuciones extrajudiciales<sup>370</sup>.

Para algunos autores resulta sorprendente que a pesar de haber pasado más de nueve años desde el momento en que se inició el examen de la situación preliminar en Colombia,

---

<sup>366</sup> QUESADA ALCALÁ, C., “La justicia penal internacional y Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dir.), pp. 691-710, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, p. 700.

<sup>367</sup> CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 12. También se puede ver par.160-161.

<sup>368</sup> Ibíd. par. 162-173. A su vez se puede ver CPI, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2015. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 12 noviembre 2015, par. 37, y CPI, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2015. Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, 14 de noviembre 2016, par. 245.

<sup>369</sup> CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 174-179.

<sup>370</sup> Ibíd. par. 180-195.

a la fecha no se ha emitido una decisión definitiva sobre la admisibilidad en este caso<sup>371</sup>. Esto ha sido entendido como un progreso constructivo que está desarrollando la CPI, desde la complementariedad positiva<sup>372</sup>, puesto que los esfuerzos demostrados por el Estado han permitido que se continúe en ese camino, de tal manera que con el Examen Preliminar emitido

“se promueva el fortalecimiento del Estado de Derecho y de los órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos de que puedan ser estos últimos los que desarrollen las investigaciones y enjuiciamientos de los delitos de la competencia de la CPI contenidos en su territorio o por sus nacionales”<sup>373</sup>.

De lo anterior, se puede concluir que en desarrollo de un conflicto armado interno es aplicable el Derecho Internacional de Derechos Humanos, donde el Estado deberá al momento de buscar una solución negociada, tomar en cuenta las obligaciones correspondientes a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las víctimas de graves violaciones, para lo cual es necesario fortalecer y generar importantes cambios institucionales, políticos, jurídicos y sociales, debido a la cantidad de perjudicados que se han visto afectados por todos los hechos victimizantes, con el fin de luchar en contra de la impunidad, so pena de verse inmerso en eventuales responsabilidades de naturaleza internacional.

---

<sup>371</sup> Vid. QUESADA ALCALÁ, C., “La justicia penal internacional y Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), pp. 691-710, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, p. 708.

<sup>372</sup> Vid. PIGRAU SOLÉ, A., “Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs.), pp. 655-690, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, p. 670.

<sup>373</sup> OLASOLO ALONSO, H. “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI*, N. 24, diciembre 2012. p. 45.

## **CAPITULO II**

### **LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA**

La propagación de varios procesos de negociación y acuerdos de paz, que desde el último cuarto del siglo pasado cerraron largos períodos de regímenes autocráticos y conflictos en el mundo, produjeron el cuestionamiento de la forma como debería ser el tratamiento en esas sociedades, denominado transición, en cuanto a los crímenes y vulneraciones de Derechos Humanos cometidos en el pasado. Esta cuestión pone el centro de atención en el reto de garantizar la protección de los derechos de las víctimas, pero considerando las particularidades de esos pactos, con un desenlace positivo en cuanto al cese de hostilidades, el regreso a la vida civil de excombatientes, elecciones democráticas, etc.

Conforme a lo anterior, es necesario considerar que cada proceso de transición tiene sus particularidades, en la medida en que los mecanismos jurídicos y políticos se definen de acuerdo a las características culturales, históricas y las motivaciones de los actores de las sociedades en las que se desarrollan. En ese sentido, existen particularidades en las herramientas de transición en Estados que han atravesado crisis democráticas, consideradas como rupturas de sus regímenes democráticos, donde a modo de ejemplo se encuentran las dictaduras en América Latina; así mismo el ámbito de situaciones de conflicto armado o de guerras donde no solamente se presentan el quebrantamiento de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también la infracción de las normas del DIH, como sería el caso colombiano.

Fue así como después de varias décadas, Colombia en los últimos años ha aplicado la doctrina de la justicia transicional, fundamentado en componentes normativos de derecho constitucional, así como del Derecho Internacional (DIH, DD.HH y Derecho Penal Internacional), y actualmente se constituye en el primer proceso bajo la óptica de la CPI.

Dentro del presente acápite del escrito se procederá a analizar el concepto de justicia transicional, entendida como aquella figura que encierra una gran cantidad de componentes y mecanismos relacionados con intentos que la sociedad realiza con el fin de resolver conflictos suscitados por abusos de derechos, buscando que los responsables de



dichas vulneraciones respondan por las consecuencias de sus actos frente a la justicia, pretendiendo como último objeto la reconciliación de la sociedad<sup>374</sup>.

## 1.- Planteamiento inicial.

Como se enunció previamente, el concepto de “justicia transicional” es una modalidad de justicia, fundamentalmente empleada y adaptada en el caso de modificaciones o cambios políticos, o en la finalización de un conflicto armado, es decir, en sociedades en transformación, donde se requiere respuestas jurídicas entorno a la forma como se tratarán los delitos cometidos en periodos de guerra o autoritarismo, dando una ruptura con el pasado, abordando el legado de violaciones a los Derechos Humanos y al DIH, y previniendo nuevos brotes de violencia, mediante la búsqueda de la verdad, la reparación y garantías de no repetición, otorgando legitimidad al Estado<sup>375</sup>.

Justamente, este concepto surge en el panorama jurídico como una rama de los Derechos Humanos y con el propósito de superar contextos de violencia social y política que padecen los Estados<sup>376</sup>. Las herramientas utilizadas pueden tener naturaleza judicial o extrajudicial, enmarcar enjuiciamientos a personas, la búsqueda de la verdad, investigación de los antecedentes, reformas institucionales, entre otras<sup>377</sup>. Todos estos mecanismos se encaminan a la construcción de una memoria histórica, la reintegración de los

---

<sup>374</sup> Otra definición se puede encontrar en TEITEL, R. “Genealogía de la Justicia Transicional” en *Harvard Human Rights Journal* Vol. 16. Spring 2003. Cambridge. MA. p. 69-94: “La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores”. Incluso de esta manera fue concebida en el marco de las Naciones Unidas Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Documento S/2004/619 de 3 de agosto de 2004, p. 4. Relacionado con lo anterior, en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que *sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616 de 3 de agosto de 2004, se expresa “(...) la noción de ‘justicia de transición’ que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.

<sup>375</sup> Cfr. ELSTER, J. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*. Cambridge: University Press, 2004. En el mismo sentido se pronuncia OROZCO, J. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2009. p. 9, y TEITEL, R. *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 191 y ss.

<sup>376</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ, C., GONZÁLEZ, D., ERRANDONEA, J. “Justicia transicional en Colombia” en *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, Andreas Forer y Claudia López Díaz (Ed.), Bogotá D.C.: Alvi Impresores Ltda, 2011. pp. 11-114. p. 14.

<sup>377</sup> Vid. UPRIMNY YEPES, R., SAFFON SANÍN, M. P., BOTERO MARINO, C. y RESTREPO SALDARRIAGA, E. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006.

combatientes, y el perdón y reconciliación, en búsqueda de la paz y superación de la violencia.

Muchos autores confunden la justicia transicional con la justicia restaurativa, entendiendo la primera como aquella que tiene lugar en circunstancias políticas y sociales excepcionales y donde los crímenes frente a los que nos enfrentamos afectan directamente la dignidad del ser humano. Por su parte la segunda, está concebida para enfrentar una criminalidad en pequeña escala, en sociedades pacíficas, por lo que no es dable considerar que estas figuras sean equiparables<sup>378</sup>.

No obstante, el propósito de crear y realizar programas fundados en el concepto de justicia transicional, luego de lapsos de tiempo llenos de violencia, en los cuales se vulneraron masivamente los Derechos Humanos o se cometieron injusticias, no se trata de una política moderna. Diversos autores como ELSTER reportan casos que llegan hasta periodos de la antigüedad, remontándose a la Atenas de los años 411 y 403 AC<sup>379</sup>. Por su parte, LIRA y LOVEMAN ponen de presente, por ejemplo, las políticas de justicia transicional en Chile como consecuencia de la guerra civil de 1830<sup>380</sup>. Por su parte, otros autores como TEITEL, manifiestan que los orígenes de la justicia transicional moderna pueden remontarse a la Primera Guerra Mundial<sup>381</sup>.

Sin embargo, este concepto empieza ser entendido como extraordinario ya en el período de la posguerra más exactamente en 1945 y después de la Segunda Guerra Mundial, con la puesta en marcha del Tribunal de Núremberg, donde se dio una primera

---

<sup>378</sup> Al respecto se puede consultar UPRIMNY YEPES, R. y SAFFON SANÍN, M. P. “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades” en *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*, Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Sanín, Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga (Dir.), Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006. pp. 109-138.

<sup>379</sup> Vid. ELSTER, J. *Rendición de cuentas. La Justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires: Katz Editores, 2006, p. 17 y ss.

<sup>380</sup> Vid. LIRA, E. y LOVEMAN, B. *Políticas de reparación. Chile 1990-2004*, Santiago: Ediciones Santiago, 2005, p. 22 y ss.

<sup>381</sup> En el artículo 231 del Tratado de Versalles se consagra la denominada “cláusula de responsabilidad bélica” que establece: “Los gobiernos aliados y asociados declaran, y Alemania reconoce, que Alemania y sus aliados son responsables, por haberles causado todos los daños y pérdidas infringidos a los gobiernos aliados y asociados” y sus súbditos a consecuencia de la guerra que les fue impuesta por agresión de Alemania y sus aliados”. Además, las sanciones económicas que se le impusieron a Alemania fracasaron y fueron la base para el surgimiento de un sentido de frustración económica y resentimiento que impulsó el rol de Alemania en la Segunda Guerra Mundial. TORPEY, J. “Victims and Citizens: the discourse of Reparation(s) at the dawn of the new millennium”, en: *Out of Ashes. Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, DE FEYTER, K. (Ed.) Antwerp: Intersentia, 2005, pp. 35-50, p. 36.

definición y se trataba de “(...) delinear la guerra injusta y demarcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional”<sup>382</sup>, hacía aquellas personas que ejecutaron crímenes de guerra, con un enfoque fundamentalmente retributivo.

La segunda fase, conocida como de la posguerra fría, se asocia con una gran cantidad de transiciones hacia la democracia y modernización que iniciaron en el año 1989, producto de la desintegración de la Unión Soviética y la caída del Muro de Berlín, adoptando el objetivo fundamental de la reconstrucción del Estado de derecho y la democracia, dejando la aplicación del derecho penal en casos muy excepcionales.

Y la tercera fase de la justicia transicional está relacionada con las condiciones modernas de conflicto persistente que arrojan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia<sup>383</sup>, al punto que la CPI se ha constituido como una instancia permanente para juzgar los crímenes de Derecho Internacional, puesto que se podría poner en riesgo la Comunidad Internacional.

En todo caso, no puede olvidarse que la expresión justicia transicional es utilizada por primera vez a finales de los años 80 y es plasmada en los primeros textos a principios de los años 90<sup>384</sup>, concordando con las evoluciones a la democracia y a la paz en que se dieron específicamente en América Latina, en Europa del Este y en Sudáfrica<sup>385</sup>. Otro punto común en todos los casos es que el concepto está relacionado a las circunstancias extraordinarias de las transformaciones, a pesar de que hoy en día, tal como se resaltó, se refiera a contextos diversos en los cuales se utilizan herramientas de la misma, con el fin de lograr una conciliación entre la justicia y la paz<sup>386</sup>.

Los objetivos que persigue la justicia transicional, en términos generales apuntan al fortalecimiento del Estado de Derecho, esclarecer la verdad y prevenir la impunidad mediante la atribución de responsabilidad, para lo cual se debe acudir a la regulación de

---

<sup>382</sup> TEITEL, R. “Genealogía de la Justicia Transicional” en *Harvard Human Rights Journal*, Óp. Cit.

<sup>383</sup> Cfr. WALZER, M. *Reflexiones sobre la guerra*, Barcelona: Ediciones Paidós, 2004.

<sup>384</sup> Sobre este caso, encontramos entre otras, la obra de KRITZ, N. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I a III, Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995.

<sup>385</sup> Algunos autores se refieren a este momento como la tercera ola de democratización que habría empezado en Europa en los años 1970, con las transiciones griegas, portuguesas y españolas, para luego seguir en la década siguiente en América Latina. HUNTINGTON, S. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991, p. 3 a 30.

<sup>386</sup> Vid. KIM, H. y SIKKINK, K. “Explaining the deterrence effect of human rights prosecutions for transitional countries”. en *International Studies Quarterly*. Vol. 54, No. 4, 2010, pp. 939-963.

Derecho Internacional e impulsar reformas institucionales como medidas de garantías de no repetición<sup>387</sup>. En este punto juega un papel trascendental el deber de persecución de los crímenes internacionales, acudiendo a los mecanismos judiciales y entendiendo que las medidas de amnistías e indultos sean excepcionales.

Ahora bien, las circunstancias que llevan a un Estado a acudir a la justicia transicional tienen una relación directa con la forma como se desarrollaron las violaciones masivas de los Derechos Humanos, ya sea en circunstancias de gobiernos autoritarios o dictatoriales, o en el marco de conflictos armados, donde la solicitud de justicia por parte de las víctimas se encuentra en un nivel al cual las instituciones no pueden o no tienen la capacidad de llegar<sup>388</sup>, fundamentalmente porque el número de perjudicados y perpetradores impiden la persecución penal de todos los autores<sup>389</sup>, en la medida que la justicia penal ordinaria está diseñada para momentos de “normalidad”, abriendo la posibilidad que medidas de la justicia retributiva sean complementarias<sup>390</sup>.

Por ello el punto que genera mayores exigencias es la forma como se obtiene el equilibrio entre paz y justicia, en la medida que los procesos de justicia transicional conllevan en su gran mayoría una negociación previa entre los actores que participaron en la confrontación y tienen responsabilidades por las graves violaciones a los Derechos Humanos, quienes no entrarían a pactar si no se otorgan beneficios o incentivos jurídicos, como podrían ser las amnistías y los indultos. Por otro lado, se encuentran las exigencias mínimas impuestas en el Derecho Internacional relacionadas con juzgar y castigar a quienes cometieron crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, en la etapa anterior a la negociación, como protección de los derechos de las víctimas, so pena de verse inmerso en una eventual responsabilidad internacional del Estado o, en una intervención de la CPI, en la medida que tales conductas se consideran de su competencia de conformidad con el artículo 5 del ECPI.

---

<sup>387</sup> Vid. NAJAR MORENO, E., *Derecho a la verdad y Justicia Transicional en el marco de aplicación de la ley de Justicia y Paz*, Bogotá D.C.: Editorial Ibáñez, 2009, p. 81.

<sup>388</sup> Vid. FREEMAN, M. *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 18.

<sup>389</sup> Vid. FORSYTHE, D. P. *Human rights in international relations*, segunda edición, Nueva York: Cambridge University Press, 2006, p. 89.

<sup>390</sup> Vid. LÓPEZ DÍAZ, C., GONZÁLEZ, D., ERRANDONEA, J. “Justicia transicional en Colombia” en *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, Óp. Cit. p. 17.

La experiencia en algunos países como España, Argentina, Sudáfrica o Chile, denota que la forma más efectiva es lograr un equilibrio entre estos principios, puesto que no es posible castigar todos los crímenes cometidos, así como tampoco sería dable considerar una impunidad respecto de los responsables de los mismos, no solo porque un perdón y olvido puede conllevar a futuras violencias y perpetuar estas conductas en la sociedad, sino que las condiciones actuales del Derecho Internacional (con los principios de lucha contra la impunidad), el DIH (aportando la noción de crimen de guerra y su deber internacional de castigo), el Derecho Penal Internacional (con el deber de castigar nuevos crímenes como la tortura o el desplazamiento forzado, la imprescriptibilidad de ciertos delitos y el principio de jurisdicción universal, con la creación de la CPI) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (con el surgimiento de los derechos de las víctimas y su reconocimiento por los órganos jurisdiccionales regionales como la CIDH), lo impiden.

Conforme a lo anterior, aquellas sociedades que se encuentren en la búsqueda de superar circunstancias de graves violaciones a los Derechos Humanos se han visto envueltos en garantizar por medio de unos parámetros mínimos, la satisfacción de las prerrogativas a favor de las víctimas. Por ello, el desafío a que se enfrentan los Estados que aplican la justicia transicional es resolver la tensión entre el tratamiento que se les va a dar a los victimarios para lograr la finalización de la confrontación, y por otro lado, la complacencia de los derechos de las víctimas.

De acuerdo a los estudios sobre justicia transicional, se ha considerado que existen cuatro formas o modelos de la misma<sup>391</sup>. En primer lugar se encuentran aquellas que están encaminadas hacia una mayor punibilidad, las cuales se caracterizan por un triunfo militar de una de las partes en contienda, quien a su vez implanta los jueces encargados de procesar los delitos ejecutados en el conflicto, en el entendido que el castigo de los intervinientes es el medio exclusivo para lograr la transición y cuya mayor crítica está en la forma como se pueden enfrentar los problemas de criminalidad masiva, puesto que no hay sistema judicial capaz de sancionar e investigar todos los delitos y a todos los responsables.

---

<sup>391</sup> Cfr. UPRIMNY, R., SAFFON SANÍN, M. P., BOTERO MARINO, C. y RESTREPO SALDARRIAGA, E. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006. p. 23 y ss.

Esta circunstancia se vio fundamentalmente en Ruanda y Yugoslavia, donde se constituyeron Tribunales Ad Hoc para sancionar a los responsables.

En segundo lugar, se encuentran los perdones amnésicos, donde se otorgan amnistías generales con el fin de facilitar las negociaciones, dejando de lado los derechos a la verdad y reparación de las víctimas y primando el olvido, como sucedió en el caso de Colombia con el grupo guerrillero M-19 en 1989 y en España luego de la muerte de Francisco Franco en 1975.

En tercer lugar, están los perdones compensadores, que llevan inmersos cortas herramientas de reparación, justicia y verdad, mediante amnistías generales seguidas de comisiones de la verdad, como sucedió en Chile y el Salvador. Estas posibilidades han presentado limitaciones en la revelación de la verdad, incitando a las víctimas un sentimiento de venganza frente al agresor, limitando la reconciliación, así como altos grados de impunidad, fundamentalmente por las penas mínimas que se imponen a los victimarios<sup>392</sup>.

Por último, la cuarta posibilidad son los perdones responsabilizantes, que en principio sería el modelo con mayor aceptación, puesto que se otorgan medidas de perdón a los miembros de los grupos armados y da mayor relevancia a los derechos de las víctimas. En este punto se da un equilibrio entre los requerimientos de la justicia y paz, y el deber de sancionar los crímenes procurando la honra de las víctimas, mediante mecanismos de reconciliación con los antiguos adversarios políticos<sup>393</sup>, buscando individualizar a los responsables.

Por ello el punto medio está en realizar un análisis de proporcionalidad, verificando la gravedad del crimen, el nivel de mando en la organización y la contribución a la verdad, de tal manera que imponer sanciones a los líderes y máximos responsables, y otorgar un tratamiento especial y condescendiente hacia los miembros rasos y medios<sup>394</sup>. Obviamente no existe un modelo exclusivo de justicia transicional, de tal manera que cada Estado

---

<sup>392</sup> Vid. CASTRO GUTIÉRREZ, A. F., “Algunas reflexiones sobre el contenido del derecho a la igualdad de las víctimas en el marco de la experiencia de Justicia Transicional en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 19, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 84 y ss.

<sup>393</sup> Vid. GARCÍA SAN JOSÉ, D., “El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”, en *REDI*, núm. 58, Valencia, 2006, p. 133.

<sup>394</sup> Vid. LÓPEZ DÍAZ, C., GONZÁLEZ, D., ERRANDONEA, J. “Justicia transicional en Colombia” en *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, Óp. Cit. p. 19 y 20.

analizará conforme a sus condiciones y características la forma como logrará el objetivo de llegar a la paz, bajo el entendido mínimo de respeto por los Derechos fundamentales.

Adicionalmente, las herramientas empleadas para aportar soluciones a los problemas o conflictos heredados del pasado fueron muy diversas, y comenzaron, por lo general, como políticas “*ad hoc*” que se definieron en el proceso y que no correspondieron a una estrategia de fondo.

Paralelamente a los derechos a la verdad, justicia y reparación, se pueden identificar mecanismos tendientes a sujetar a quienes generaron las violaciones de los Derechos Humanos, a determinados estándares de justicia y a reparar a las víctimas, tales como el derecho a saber la verdad de lo acontecido y a que se desarrollen reformas institucionales como garantías de no repetición<sup>395</sup>.

Los mecanismos de la justicia transicional no son sustitutivos sino complementarios de la persecución penal a los autores de graves violaciones<sup>396</sup>. No se trata de un tipo de justicia de segunda categoría, sino más bien de una idea que evidencia las insuficiencias de los mecanismos clásicos y propone un enfoque completo para enfrentar ese legado de violaciones a los Derechos Humanos y luchar contra la impunidad.

A modo de conclusión, se puede afirmar que la justicia transicional como mecanismo para realizar profundas transformaciones en el orden político y social, enfrenta una gran dificultad al momento de armonizar sus medios y objetivos con valores, principios, regulación e imaginarios colectivos, (como lo es, verbigracia, una justicia retributiva), ya establecidos en una sociedad desangrada por un conflicto armado, razón por la cual, este tipo de transiciones sobrepasan dimensiones jurídicas y normativas, pues éstas por sí solas, se tornan insuficientes para reconstruir un tejido social fragmentado. Por ello resulta relevante analizar la forma como se ha desarrollado en Colombia, circunstancia que ocupará las siguientes líneas.

---

<sup>395</sup> Véase O’FLAHERTY, M. *The human rights field operation: law, theory and practice*, Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2007, p. 141 y 142.

<sup>396</sup> Véase BIANCHINI, S. *Partitions: reshaping states and minds*, New York: Routledge, 2005, p. 33.

## 2.- La justicia transicional contiene un núcleo de derechos mínimos inquebrantables

Como se enunció anteriormente, el establecimiento de una justicia transicional no tiene fórmulas exclusivas o únicas para desplegarla, lo que deberá observarse en cada caso en concreto, no obstante se han planteado unos requisitos mínimos que deben estar basados en tres principios fundamentales, son los conocidos derechos a la verdad, justicia y reparación. Los mismos fueron desarrollados por JOINET en 1997, en el Informe Final acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos)<sup>397</sup>.

De acuerdo con estos documentos, se identifican las obligaciones a cargo del Estado en proceso de transición, en la medida que la impunidad favorece a que los crímenes y atrocidades se pueda volver a cometer, por ello se debe garantizar en primera instancia, la satisfacción del derecho a la justicia, en segunda instancia la satisfacción del derecho a la verdad, en tercera instancia el cumplimiento de las condiciones del derecho a la reparación de las víctimas, y por último la adopción de reformas institucionales y garantías de no repetición. Con base en lo anterior, se ha expresado que

“(...) la justicia de transición exige de los Estados la búsqueda y difusión de la verdad histórica, programas de reparación integral para las víctimas, que no pueden ser reducidos a una mera indemnización ni ser condicionados a la renuncia de otros derechos, y el diseño de modelos excepcionales de aplicación de justicia, que si bien admiten la flexibilización de principios como el de proporcionalidad e igualdad en materia penal, no pueden constituirse en paradigmas de impunidad que profundicen el dolor y el rechazo de las víctimas y en consecuencia impidan la cicatrización de las heridas”<sup>398</sup>.

Bajo este entendido, estos principios deben ser sintetizados bajo premisas de orden constitucional, como los de dignidad, de buena fe, de garantía del debido proceso, igualdad, enfoque diferencial, entre otros, en el marco de la Justicia Transicional, sin olvidar los contenidos de los tratados de Derecho Internacional relativos a la materia.

---

<sup>397</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Informe Final revisado acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos)*. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1. Actualizados el 2005 en COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1

<sup>398</sup> Procuraduría General de la Nación. Guía de la Participación Ciudadana. Enlace Web: [https://www.procuraduria.gov.co/html/sitio\\_guia/docs/Cartilla\\_Guia\\_participacion.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/html/sitio_guia/docs/Cartilla_Guia_participacion.pdf). Consultado el 30 de abril de 2019.



Justamente, los mecanismos de la justicia transicional contienen y propenden por el diseño de condiciones institucionales que logren la paz duradera fundada en la reconciliación y una institucionalidad que haga poco probable la repetición de las atrocidades vividas, de tal manera que se diseñan estrategias de amnistías, restitución de tierras, programas de reparación e indemnización a las víctimas, reinserción de combatientes, reformas institucionales y programas de desarrollo de comunidades que sufrieron en carne propia las atrocidades de conflicto, por ello es fundamental que el Estado, al diseñar una política de esta naturaleza deba tener en cuenta la multiplicidad de derechos que se pueden ver afectados con la decisión propia de implementarlo.

Si bien es cierto, el propósito principal de la justicia transicional es resolver las consecuencias propias de un conflicto, y propender por la Paz como un derecho, ello no lo justifica todo, puesto que esta no se trata de un valor absoluto, y es necesario garantizar la materialización de los derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado<sup>399</sup>.

Ahora, en este acápite del escrito es necesario plasmar de manera general las definiciones de los derechos a la verdad, justicia y reparación en diversos instrumentos de Derecho Internacional y es imperioso poner de manifiesto que existen múltiples casos en que las víctimas han puesto en conocimiento sus hechos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde se ha tenido la oportunidad de desarrollar jurisprudencia consolidada frente a los derechos de las víctimas, fundamentalmente destinados a la lucha contra la impunidad conforme a las obligaciones de los Estados a garantizar y respetar los derechos y libertades.

Los Estados al momento de adelantar procesos de justicia transicional, estos deben adecuarse a un marco normativo, el cual contiene obligaciones internacionales y en el caso colombiano se ha visto integrado con regulación regional, en especial relacionada con la

---

<sup>399</sup> En este sentido, la Constitución Política de Colombia en su artículo 22 confiere a la Paz este mismo carácter, al plasmar que es “(...) un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Efectivamente, la Corte Constitucional Colombiana, explicando el alcance de la Paz como derecho colectivo, que emana de la disposición constitucional, ha advertido las siguientes consideraciones “El artículo 22 de la C.N., contiene el derecho a la paz y el deber de su obligatorio cumplimiento, derecho éste que por su propia naturaleza pertenece a los derechos de la tercera generación, y requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que, recíprocamente se le pueden exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria”. Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 2006.

Convención Americana de Derechos Humanos, donde se configura Sistema Interamericano de Protección para los Derechos Humanos, conformado por la Comisión IDH y la CIDH, el cual tal como manifiesta VACAS FERNÁNDEZ “(...) complementaría el entramado jurídico básico que conforma el estatuto jurídico internacional de las víctimas y del que derivan toda una serie de derechos específicos, y correlativas obligaciones de los Estados”<sup>400</sup>.

La Convención Americana consagra una gran faceta de derechos y correlativos deberes, pero el progreso se ha generado como producto del control judicial de las actuaciones de los Estados, donde la CIDH ha desarrollado una labor trascendental en procura de la protección de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y las obligaciones que les corresponde, constituyéndose en un conjunto de prerrogativas de obligatorio cumplimiento<sup>401</sup>.

Desde el aquellos asuntos iniciales, donde se analizaban las auto amnistías que emitían los gobiernos autoritarios hasta iniciar con casos relativos a desapariciones forzadas como el caso *Velásquez Rodríguez*<sup>402</sup> hasta los pronunciamientos más recientes como el asunto *Valle Jaramillo*<sup>403</sup>, los estándares que deben cumplir los Estados en favor de las víctimas han evolucionado considerablemente, debido a los procesos de responsabilidad internacional donde se ha pronunciado, y con el desarrollo de lo que se denomina el control de convencionalidad, principalmente en asuntos referentes a amnistías y la debida diligencia de los Estados que han adoptado decisiones relativas a justicia transicional (Perú, Chile, Uruguay, Guatemala, El Salvador, Colombia y Brasil), teniendo en cuenta los obstáculos hacía el cumplimiento de los estándares formulados, por situaciones jurídicas o de facto, las cuales han sido proscritas por la CIDH.

De conformidad con lo anterior, se ha entendido que los Estados partes en la Convención Americana tienen tres obligaciones generales expresas, por un lado ejecutar el

---

<sup>400</sup> Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., “Los derechos de las víctimas y la negociación: el caso de Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, *Óp. Cit.* p. 560.

<sup>401</sup> Un estudio pormenorizado respecto a la jurisprudencia de la CIDH se puede encontrar en PARRA VERA, O. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, No. 1, noviembre de 2012, pp. 5-51.

<sup>402</sup> CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988

<sup>403</sup> CIDH, *Caso Valle Jaramillo c. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008

contenido de las declaraciones y disposiciones dispuestas por la CIDH en sus sentencias y pronunciamientos, en caso de ser considerados internacionalmente responsables por la violación de los Derechos Humanos en los casos concretos; acatar la Convención Americana y sus tratados concurrentes; y a cumplir las interpretaciones que en materia de derechos efectúa la CIDH. Esta posición no se otorgaba en los inicios de esta Corporación, sino que se trata de una tesis construida alrededor de la impunidad por trasgredir los derechos de las víctimas y, en general, de los Derechos Humanos, sobrevenida como consecuencia de la expedición de leyes de amnistía, indulto, perdón, caducidad o similares<sup>404</sup>, de tal manera, que las condenas proferidas por la CIDH contra Colombia no solo han tenido repercusión económica para resarcir los daños causados a las víctimas, sino que también han conducido para que el Estado adopte medidas de reparación internamente, estrategias que logren la construcción de la verdad y mecanismos efectivos de acceso a la justicia por parte de las víctimas.

Por su parte, la Comisión IDH, realiza informes públicos cuyo propósito es promover el respeto por los derechos protegidos, de tal manera que a Colombia le han formulado recomendaciones aconsejando que ajuste las políticas internas a las obligaciones emanadas por la Convención Americana, ejerciendo influencia para que el Estado encamine sus decisiones conforme al Derecho Internacional, donde se destaca la intervención activa en lo que ver con las violaciones a los Derechos Humanos en el marco del conflicto armado<sup>405</sup>.

Tomando como punto de partida las obligaciones generales de respetar y garantizar las normas de protección consagradas en el artículo 1.1.<sup>406</sup> y 2<sup>407</sup> de la Convención americana, la CIDH ha manifestado

---

<sup>404</sup> Vid. QUINCHE RAMÍREZ, M. F. y PEÑA HUERTAS, R. D. P., “La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia” en *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 7, 2014 pp. 113-159, DOI: [dx.doi.org/10.12804/acdi7.2014.04](https://doi.org/10.12804/acdi7.2014.04)

<sup>405</sup> Comisión IDH. *Informe anual 2011, Capítulo IV: Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69. *Óp. Cit.*

<sup>406</sup> Artículo 1. Obligación de respetar los derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>407</sup> Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro

“Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los Derechos Humanos en las relaciones inter-individuales”<sup>408</sup>.

De la interpretación del artículo 1.1. de la Convención americana, la CIDH ha considerado que surgen 2 obligaciones específicas, consistentes en respetar los derechos y libertades reconocidos en este instrumento internacional, y la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos. En el *Caso Velásquez Rodríguez*, enunció

“La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los Derechos Humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. (...) La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los Derechos Humanos”<sup>409</sup>.

Pues bien, la obligación de respeto está relacionada con el compromiso que asume el Estado cuando por acción o por omisión alguno de sus agentes o permite que particulares violen Derechos Humanos<sup>410</sup>. Por su parte, la obligación de garantía se concreta en otros deberes o estándares como son la de sancionar, prevenir, investigar y reparar las vulneraciones a Derechos Humanos<sup>411</sup>.

---

carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>408</sup> CIDH, *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Óp. Cit. par. 111.

<sup>409</sup> CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Óp. Cit. par. 165 y 166.

<sup>410</sup> CIDH, *Caso Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, de 8 de diciembre de 1995, par. 56.

<sup>411</sup> CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez C. Honduras*, Óp. Cit. par. 174.

Este es el origen de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, tal como se ha enunciado dentro del presente escrito, tiene una implicación relevante en el actuar del Estado colombiano, a pesar la subsidiariedad de la activación de todos los órganos y mecanismos del Sistema Americano de Derechos Humanos, debiendo agotarse previamente los recursos judiciales internos, conforme al artículo 46 de la Convención Americana, de manera que será en este momento donde se observe el cumplimiento o no de las obligaciones asumidas. No obstante, estos atributos no son absolutos y pueden ser matizados, sin obviarlos o eliminarlos de manera arbitraria.

Tal como se observará en el aparte correspondiente dentro de cada uno de los derechos, se podrá entender que el tratamiento de las violaciones graves a los Derechos Humanos por parte de la CIDH y de la Comisión americana ha tenido una importante evolución en procura de la protección de los derechos, y generando una serie de obligaciones en cabeza de los Estados que limita la discrecionalidad que en algún momento ostentaban. No obstante lo anterior, los estándares internacionales y directrices emanadas por el Sistema Interamericano no han sido adoptados de manera homogénea, no obstante, se está buscando principalmente para el caso colombiano que mediante los procesos de justicia transicional se genere un lugar para las víctimas y un claro reconocimiento y salvaguarda de los Derechos Humanos.

## **2.1.- Verdad**

Este derecho se puede definir como aquel atributo de naturaleza individual o colectiva que tienen las víctimas y la sociedad de conocer las circunstancias en las cuales acaecieron las vulneraciones, así como al no olvido de las situaciones fácticas que generaron las transgresiones.

Esta facultad no ha sido objeto de ninguna convención o consagración normativa internacional en específico<sup>412</sup>, si ha sido objeto de estudio por parte de la Oficina del Alto

---

<sup>412</sup> Al respecto en el plano internacional, las principales referencias incluyen la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a Reparación y Reparación para las Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Violaciones del Derecho Internacional Humanitario, así como el artículo 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, donde se reconoce el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, y el artículo 33 del Protocolo Adicional I, al establecer que tan pronto

Comisionado de Naciones para los Derechos Humanos<sup>413</sup>, de tal manera que se ha discutido si está derivada de otros derechos como por ejemplo a la reparación, a la información y el debido proceso; o si es más bien una potestad autónoma independiente o adicional a estos<sup>414</sup>. No obstante lo anterior, es de notar que este aspecto no es relevante puesto que los elementos principales de este derecho están bien aceptados<sup>415</sup>.

En el Derecho Internacional, la verdad ha surgido como un instrumento jurídico que ha adoptado diferentes formas. Como lo expresa NAQVI

“(…) sus orígenes se remontan al derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, refrendado por el Derecho Internacional Humanitario en los artículos 32 y 33 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977, y a las obligaciones que incumben a las partes en conflictos armados de buscar a las personas dadas por desaparecidas. Las desapariciones forzadas de personas y otras violaciones manifiestas de los Derechos Humanos durante períodos de violencia masiva extrema auspiciada por el Estado, particularmente en diversos países de América Latina, pero también en otras partes del mundo, dieron lugar a una interpretación lata del concepto del derecho a recibir información sobre las personas desaparecidas, y condujeron a la identificación y al reconocimiento del derecho a la verdad por parte de diferentes órganos internacionales, en particular la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Dichos órganos invocaron en forma creciente

---

como las circunstancias lo permitan, cada parte en conflicto buscará a las personas cuya desaparición se haya señalado

<sup>413</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006, complementado en los temas de archivos y protección a testigos CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009. El derecho a la Verdad.

<sup>414</sup> Algunos autores cuestionan la autonomía del derecho a la verdad. Al respecto se puede consultar TINAJERO ESQUIVEL, S. “Verdad y Justicia”, en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* MARTÍN, Claudia (ed)., México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2004. p. 383.

<sup>415</sup> Al respecto la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución 68/165 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, sobre el derecho a la verdad, determina la importancia de respetar y garantizar esta facultad; expone la importancia frente a la organización de mecanismos judiciales específicos y mecanismos no judiciales, como las comisiones de la verdad en varios Estados, lo que demuestra la complementariedad con los sistemas judiciales consagrados para obtener una mejor investigación de las violaciones de Derechos Humanos, de tal manera que los informes y sus decisiones promueven fórmulas que se pueden adoptar institucionalmente; e insta a que los Estados adopten medidas para la preservación y gestión de los archivos. Cfr. Resolución 68/165 aprobada el 18 de diciembre de 2013 Núm. 1, 2, 3 y 5.

este derecho a fin de hacer valer y reivindicar otros Derechos Humanos fundamentales, como el derecho al acceso a la justicia y el derecho a recursos eficaces y a la reparación”<sup>416</sup>.

Como se manifestó, el derecho a la verdad contiene un componente individual (cuyos destinatarios son las víctimas y sus familiares) y uno colectivo (que tiene como receptora a la sociedad en general)<sup>417</sup>. El primero consiste en que el Estado debe utilizar los medios suficientes para preservar la memoria colectiva frente a lo sucedido o acontecido; mientras que el segundo se refiere a la aclaración que debe entregársele a las víctimas y sus parientes de los hechos que dieron lugar a las violaciones y a tener conocimiento de las circunstancias en las que ocurrieron. El Estado tiene el deber de recordar, de tal manera que debe preservar los archivos y pruebas relativas a las graves violaciones de los Derechos Humanos, garantizar que la sociedad conozca de tales vulneraciones y también se encuentra obligado a adoptar medidas con el propósito que se de un olvido de lo acontecido<sup>418</sup>.

La verdad va a estar de lado a la justicia, teniendo en cuenta que de la investigación realizada se pueden concluir varios aspectos dentro de los cuales la víctima conocerá que fue lo que realmente sucedió. No obstante, como derecho ha emergido en respuesta a la falta de esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción de los casos de graves infracciones de Derechos Humanos, situación que ha sido analizado por muchos organismos de protección, dentro de las que encontramos la CIDH y la Comisión IDH.

Por ello, no solo a través de instrumentos judiciales se puede conocer o revelar las circunstancias en que sucedieron los hechos y las violaciones a los Derechos Humanos, encontrándose la creación de comisiones encargadas de cumplir con esta labor<sup>419</sup>, situación

---

<sup>416</sup> NAQVI, Y. “El derecho a la Verdad en el Derecho Internacional: ¿realidad o ficción?”, En *International Review of the Red Cross*, No. 862, junio de 2006. Disponible en: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862-p245/\\$File/irrc\\_862\\_Naqvi.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862-p245/$File/irrc_862_Naqvi.pdf). Sitio web visitado el 30 de abril de 2019.

<sup>417</sup> Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005. Principios 1 a 5.

<sup>418</sup> En el mismo sentido se pronuncia RINCÓN enunciando “(...) el derecho a la verdad tiene dos dimensiones que reclaman igual protección por parte de los Estados. La dimensión individual, que hace referencia al derecho que tienen las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y/o sus familiares a conocer la verdad con respecto a esas violaciones. Y la dimensión social, que hace referencia al derecho que tiene la sociedad, como un todo, a conocer la verdad sobre los hechos atroces o aberrantes cometidos en el pasado”. RINCON, T., *Verdad, justicia y reparación: La justicia de la justicia transicional*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. 2010. p. 56.

<sup>419</sup> Al respecto se puede consultar: CROCKER, D. A. “Comisiones de la verdad, justicia transicional y sociedad civil” en MINOW, M., CROCKER, D. A., y MANI, R., *Justicia Transicional*, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre, Ed. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2011. pp. 109-152.

que a nivel internacional ha tenido gran acogida<sup>420</sup> y actualmente en Colombia se adoptó por ejemplo en el caso de la toma del Palacio de Justicia en 1985 o la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición pactada en el marco de la negociación del Acuerdo Final con las FARC-EP y creada mediante Acto Legislativo 01 de 2017.

El contenido de este derecho contempla el discernimiento de los hechos y los autores de las graves violaciones a los Derechos Humanos, ello implica para la CIDH un componente reparador, puesto que surge el deber del Estado de dilucidar las circunstancias, causas y condiciones en que se produjeron las violaciones<sup>421</sup>, identificación e individualización de las víctimas y los perpetradores de las mismas<sup>422</sup>, y el conocimiento de las estructuras criminales que se encuentran involucrados en estos hechos<sup>423</sup>.

Respecto a la revelación de la realidad sobre crímenes internacionalmente sancionables, comprende el esclarecimiento a través de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron, desarrollaron y ejecutaron los crímenes; la verdad sobre las motivaciones que llevaron a la ocurrencia de tales hechos; la exactitud sobre la participación de los máximos responsables presuntamente pertenecientes al grupo criminal; y la autenticidad sobre los crímenes sistemáticos y patrones criminales.

El conocimiento de la verdad sobre delitos de homicidio y desaparición forzada, hace referencia al derecho a tener información precisa, completa y oportuna frente a las circunstancias de modo tiempo y lugar, así como la motivación que llevó a la ocurrencia de estos crímenes denunciados dentro del proceso judicial. En el caso del delito de desaparición forzada, requiere adicionalmente el conocimiento del paradero de las víctimas y en caso de fallecimiento, de los restos; la información sobre las circunstancias individuales de los hechos delictivos debe estar enmarcada en procura de la garantía de la imagen y memoria de la víctima, así como su dignidad humana.

---

<sup>420</sup> En el caso de América Latina, el recurso a la creación de una comisión de la verdad no resulta un fenómeno desconocido, sino que, por el contrario, ha constituido una práctica común en la región, encontrándose los casos de Argentina, Chile, El Salvador y Perú.

<sup>421</sup> CIDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, par. 202.

<sup>422</sup> CIDH, *Caso La Cantuta c. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, par. 222.

<sup>423</sup> CIDH, *Caso Masacre de La Rochela c. Colombia*, *Óp. Cit.* par. 156.



Dentro de los componentes para garantizar la satisfacción de este derecho se pueden encontrar los mecanismos extrajudiciales, tales como las comisiones de la verdad, cuyo fin de ayudar y complementar la función dada por la rama judicial, donde por parte del Estado no se debe renunciar a la obligación de investigar y garantizar el esclarecimiento de los hechos y el conocimiento de la verdad<sup>424</sup>. Las comisiones son órganos oficiales temporales que se insiste no tienen carácter judicial y se ocupan de indagar abusos de los Derechos Humanos, las cuales deben gozar de plena independencia, imparcialidad y competencia.

Las comisiones de la verdad pueden contribuir a los procesos judiciales y a las reparaciones mediante sus conclusiones y recomendaciones; así como también ayudar a que las sociedades superen la desconfianza; y por último, coadyuven a identificar las necesarias reformas institucionales para evitar nuevas violaciones. Es por ello que al momento de emitir recomendaciones como producto de sus informes, tendrá la posibilidad de fomentar políticas en un Estado en transición y promover fundamentos morales y normativos<sup>425</sup>.

Otra de las formas de obtener la verdad en un Estado democrático son los mecanismos o herramientas judiciales, entendidos como los atributos o potestades con que cuenta la víctima para acudir a las instancias jurisdiccionales, en ejercicio del derecho a la justicia, para que el Estado investigue y sancione las graves violaciones de los derechos, de

---

<sup>424</sup> Sobre definiciones de comisiones de la verdad, puede véase HAYNER, P. B. *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. 2ª ed., Nueva York: Routledge, 2010 [ed. cast. de la 1ª ed: Verdades innombrables, México, FCE, 2008, trad. de Jesús Cuéllar]; TEITEL, R., “*Human Rights in Transition: Transitional Justice Genealogy*,” *Harvard Human Rights Journal*, 16 (69), pp. 69-94, 2003; FREEMAN, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

<sup>425</sup> Los objetivos de las comisiones de la verdad están definidos en las normas que las crean y dependen de las circunstancias de cada Estado. No obstante lo anterior, según el Centro Internacional para la Justicia Transicional – ICTJ se podrían resumir en 3 los objetivos fundamentales, dentro de los que encontramos “1. Establecer los hechos acerca de eventos violentos que permanecen en disputa o son negados. Algunas comisiones han limitado su trabajo a la descripción circunstancial de los abusos ocurridos; sin embargo, la mayoría ha apuntado a determinar también los contextos históricos y sociales en los que se produjeron, y si es adecuado o no llevar a cabo una investigación judicial o ulterior. 2. Proteger, reconocer y empoderar a las víctimas y sobrevivientes. Las comisiones establecen una relación con las víctimas y sobrevivientes no sólo como informantes, sino también como poseedores de derechos y personas cuyas experiencias merecen reconocimiento y solidaridad. 3. Proponer políticas y promover cambios en el comportamiento de los grupos y las instituciones de un país con miras a una transformación política y social. Las recomendaciones de políticas de las comisiones buscan identificar y atender las causas del abuso y las violaciones con el fin de prevenir su futura repetición. En estrecha relación con este objetivo, algunas comisiones han considerado de primera importancia la reconciliación entre comunidades enfrentadas”. GONZÁLEZ, E. y VARNEY, H. *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*. Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional – ICTJ, 2013. p. 13.

tal manera que como producto de su obligación, se revela lo que se ha denominado verdad judicial<sup>426</sup>.

Sin embargo la verdad producto de un proceso judicial está limitada en la medida que se busca una condena y castigo a los procesados, es por ello que puede generarse de forma fragmentada al ser consecuencia de investigaciones individuales, es decir, resuelta caso a caso, lo que aísla los resultados obtenidos. A su vez, se tiene en cuenta exclusivamente análisis jurídicos y no sociológicos que llevaron a las graves violaciones de Derechos Humanos, deteniéndose en las pruebas aportadas, lo que limita la participación de las víctimas, incluso podría afectárseles nuevamente al ser llamados y tener que narrar los hechos que padecieron, como parte del debido proceso de los victimarios, sin olvidar las dificultades propias que genera el curso de un proceso judicial<sup>427</sup>. Justamente estas razones han llevado a que se vislumbre una complementariedad con las comisiones de la verdad, para que el objetivo perseguido se satisfaga, principalmente en los casos de justicia transicional.

Por otro lado, la verdad se encuentra dentro del atributo que tienen los familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios a través de la investigación y el juzgamiento<sup>428</sup>. Justamente ese es otro mecanismo e implica que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar a los Estados la obligación a que lo sucedido sea efectivamente investigado por las autoridades, se adelanten los procesos judiciales contra los presuntos responsables y si es del caso se impongan las sanciones correspondientes<sup>429</sup>.

---

<sup>426</sup> La CIDH en el *Caso Castillo Petruzzi y otros* afirmó “Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un in supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquellos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carece de esa validez y no produce tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos incluye sobre la validez del conjunto, puesto que en este cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada”. CIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, de 30 de mayo de 1999, par. 218.

<sup>427</sup> Vid. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 165. p. 154-156

<sup>428</sup> Cfr. CIDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros c. Chile*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

<sup>429</sup> Cfr. CIDH, *Caso La Cantuta c. Perú*, *Óp. Cit.*

Por último, este derecho constituye uno de los cimientos relacionados con la voluntad de un Estado para sobreponerse de las consecuencias sufridas en un momento de su historia, donde se dieron abusos a gran escala, contribuyendo con la paz, justicia y reconciliación<sup>430</sup>. El obtener una verdad completa y legitimada es trascendental para generar confianza de la sociedad en la institucionalidad estatal.

## 2.2.- Justicia

Por su parte, el derecho a la justicia consiste en la posibilidad que tiene el perjudicado para acceder a la administración de justicia y exigir a través de diversos medios procesales o administrativos el cumplimiento de obligaciones del Estado o del victimario, de esta manera se establece como un interviniente dentro del proceso que se constituya para el efecto. Esta es la forma como se busca evitar la venganza<sup>431</sup>.

Es un deber de la política criminal proteger a la víctima, no solo desde la perspectiva patrimonial, sino consagrando normas que tengan como finalidad la participación de la misma. La obligación y deber que tiene el Estado de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos tiene mucha relación con el sistema procesal que se adopte, ya que este es el mecanismo idóneo para ingresar, participar y hacer efectiva su atribución que se le genera por su condición<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> ONU. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012, párr. 20

<sup>431</sup> Cfr. MINOW, M. “Memoria y odio: ¿se pueden encontrar lecciones por el mundo?” en MINOW, M., CROCKER, D. A., y MANI, R., *Justicia Transicional*, Óp. Cit. pp. 79-108.

<sup>432</sup> La obligación internacional de investigar, sancionar, juzgar y condenar a los responsables de las graves violaciones de los Derechos Humanos se encuentra en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 (Artículo 49 del Convenio I; artículo 50 del Convenio II; artículo 129 del Convenio III; y artículo 146 del Convenio IV), y en el primer Protocolo adicional (Artículo 85 del Protocolo I) a los mismos. De conformidad con estas normas, los Estados tienen el deber inderogable de establecer las medidas correspondientes dirigidas a combatir la impunidad. A su vez, se puede encontrar referencias directas en otros instrumentos internacionales como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, donde en su artículo 5 se establece que los Estados deben contener sanciones para castigar a quienes hayan incurrido en la comisión de este delito; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, donde en el artículo 4.2 impone a los Estados la obligación de sancionar con penas adecuadas, en las que se tenga en cuenta gravedad de los hechos; la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en el artículo 4.1 se entiende que estos actos serán considerados delitos y su sanción será tenida en cuenta de acuerdo a la gravedad. Todas estas herramientas internacionales contienen una importancia fundamental, en tanto, han sido considerados por algunos órganos de supervisión de Derechos Humanos con valor de “*ius cogens*”. Cfr. FAJARDO, L. A. “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y

Cuando se habla del derecho a la justicia se deben tener en cuenta diferentes aspectos, tales como el acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos; desarrollo de investigaciones en forma imparcial, seria, diligente y en un plazo razonable; y el enjuiciamiento, sanción, persecución y captura de quienes son autores de las circunstancias fácticas que motivan la investigación<sup>433</sup>.

Estos asuntos se vuelven en obligaciones en cabeza del Estado, relacionadas con investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos, de tal manera que si no se promueven o cumplen, estamos ante circunstancias que fomentan la impunidad<sup>434</sup>. A pesar que existen posiciones doctrinales encontradas respecto a la fuente de esta obligación, existiendo algunos que consideran que tiene origen consuetudinario, fundamentalmente en las reglas sobre crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio<sup>435</sup>, otros consideran que la fuente de la obligación es convencional, fundamentalmente en lo establecido por la CADH, el DIH y el ECPI<sup>436</sup>.

En el caso de procesos de justicia transicional, la CIDH ha tenido la oportunidad de analizar conductas relacionadas con “(...) figuras propias de la justicia transicional, que limitan la investigación, juzgamiento y sanción de conductas, tales como la amnistía, el indulto, la renuncia a la persecución penal y los tratamientos penales especiales”<sup>437</sup>, determinando un núcleo duro de obligaciones relativas al derecho a la justicia, consistentes

---

Andrés Rolando Ciro Gómez (Eds.), pp. 175-319. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016. p. 231; Cfr. FLORIÁN, H. *La ley de justicia y paz, desafíos y temas de debate*. Bogotá D.C.: Fescol, 2007.

<sup>433</sup> En ese sentido se pronuncia la CIDH, *Caso Masacre de La Rochela c. Colombia*, Óp. Cit. par. 192.

<sup>434</sup> Vid. RINCON, T., *Verdad, justicia y reparación: La justicia de la justicia transicional*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 62.

<sup>435</sup> Véase, BENVENUTI, P. *Transitional Justice and Impunity*. Int'l Stud. J., 2014, vol. 11, 119; LEYH, B. *Nuremberg's Legacy within Transitional Justice: Prosecutions Are Here to Stay*. Wash. U. Global Stud. L. Rev., 2016, vol. 15, 559; WEINER, A. S. *Ending Wars, Doing Justice: Colombia, Transitional Justice, and the International Criminal Court*. Stan. J. Int'l L., 2016, vol. 52, 211.

<sup>436</sup> Véase, CHIANG, J. *A Call to Action-Examining Nepal's Post-Conflict Strategy Toward Persons Accused of Gross Human rights Abuses*. Fordham L. Rev., 2012, vol. 81, 939; GARFUNKEL, I. *Verdad y Justicia: Términos Incompatibles en la Justicia Transicional*. Am. U. Int'l L. Rev., 2016, vol. 32, 409; JOSI, C. *Accountability in the Colombian Peace Agreement: Are the Proposed Sanctions Contrary to Colombia's International Obligations*. Sw. L. Rev., 2016, vol. 46, 401. WEINER, A. S. *Ending Wars, Doing Justice: Colombia, Transitional Justice, and the International Criminal Court*. Stan. J. Int'l L., 2016, vol. 52, 211.

<sup>437</sup> ACOSTA L. J. I. y IDÁRRAGA M., A. M. “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional” en *Revista Derecho del Estado* n.º 45, enero-abril de 2020, pp. 55-99, p. 69.

en realizar investigaciones exhaustivas; establecer un recurso judicial efectivo que tenga en cuenta la participación directa de las víctimas, como expresión propia del debido proceso; y la de sancionar con penas adecuadas y proporcionales las graves violaciones de los Derechos Humanos<sup>438</sup>.

En lo que tiene que ver con el deber del Estado de proporcionar a las víctimas un recurso judicial efectivo<sup>439</sup>, no existe posibilidad que los demás derechos se puedan garantizar sin tener unos medios judiciales que sean viables, que les permita reconocer y fortalecer sus derechos<sup>440</sup>. Los Estados deben dar a conocer a las personas de todas las herramientas con que cuentan, ello compone los mecanismos judiciales, posibilidades de protección y seguridad para ellos y sus familiares, y la de los testigos, así como las facultades de interponer demandas y acudir a los estrados judiciales para el logro de las reparaciones<sup>441</sup>.

Esta obligación se materializa por medio de actividades estatales tales como informar los medios de defensa que tiene la víctima; garantizar la intimidad, honra y buen nombre; presentar las demandas y acciones judiciales; interponer recursos contra las

---

<sup>438</sup> Al respecto, el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad expresa “Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 19, Deberes de los estados en materia de administración de la justicia.

<sup>439</sup> La obligación de garantizar un recurso judicial efectivo se encuentra consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana que expresa “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>440</sup> Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Informe Final Relator Especial. Doc. E/CN. 4/2000/62/. Principios 12 a 14.

<sup>441</sup> Estos mecanismos conforme a la jurisprudencia de la CIDH, tal como lo expresa el profesor Fajardo “(...) en los casos Rodríguez y Godínez Cruz, ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida, de tal manera que cualquier norma que impida hacer uso del recurso o limite su acceso constituye en una violación del artículo 25”. FAJARDO, L. A. “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Eds.), pp. 175-319. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016. p. 240.

decisiones adoptadas; solicitar medidas cautelares; entre otras<sup>442</sup>. Sin lugar a dudas, esta obligación constituye un elemento para prevenir la violación de Derechos Humanos, así como una forma para impedirlo<sup>443</sup>.

Respecto al deber de investigar<sup>444</sup>, los Estados en caso de violaciones a Derechos Humanos están obligados a emprender prontamente, de oficio y sin dilación alguna, instrucciones adecuadas, independientes, minuciosas, imparciales y eficaces<sup>445</sup>. Se debe emprender exhaustivamente todos los medios posibles para la búsqueda de quienes fueron los causantes de los delitos, así como también determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las graves violaciones de Derechos Humanos<sup>446</sup>.

Este deber tiene clara relación con el derecho a la verdad, puesto que aquellos casos donde se realiza una investigación exhaustiva permiten llegar a los responsables y conocer efectivamente quienes fueron los que cometieron estos hechos, incluso en el caso de las desapariciones forzadas es necesario tener en cuenta la ubicación de las fosas comunes<sup>447</sup>. A su vez, el incumplimiento de este deber propicia la repetición y fomenta la impunidad<sup>448</sup>.

Por su parte, el deber de sancionar consiste en que el Estado a través de su poder de coacción puede hacer que aquellas personas que cometieron las violaciones a los Derechos

---

<sup>442</sup> Al respecto se puede consultar CIDH. *Caso Bulacio c. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003. par. 114.

<sup>443</sup> CIDH. *Caso Castillo Páez c. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997. par. 83.

<sup>444</sup> Esta obligación se encuentra en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos adicionales, los cuales establecen que los Estados están en el deber de hacer comparecer ante sus propios tribunales a quienes realicen esta violación. Por otro lado, el ECPI, ratificado por Colombia, determina que eventualmente las personas que cometan crímenes internacionales, pueden ser juzgados por este ente, teniendo en cuenta claramente el principio del *non bis in ídem* y la subsidiaridad de la CPI.

<sup>445</sup> Vid. RINCON, T., *Verdad, justicia y reparación: La justicia de la justicia transicional*. *Óp. Cit.* p. 64. En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ DÍAZ, C., GONZÁLEZ, D., ERRANDONEA, J. “Justicia transicional en Colombia” en *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, *Óp. Cit.* p. 37 y 38.

<sup>446</sup> Al respecto, la CIDH relacionado con casos de desaparición forzada, manifestó “(...) el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”. CIDH. *Caso Godínez Cruz c. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, par. 191.

<sup>447</sup> Al respecto se puede consultar CIDH. *Caso Castillo Páez c. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997. par. 83. CIDH. *Caso Ticona estrada y Otros c. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 80. CIDH. *Caso Caballero Delgado y Santana c. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 58; CIDH. *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. párr. 109 y CIDH. *Caso 19 Comerciantes c. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. párr. 176.

<sup>448</sup> Cfr. CIDH, *Caso Valle Jaramillo c. Colombia*, *Óp. Cit.*, par. 100.

Humanos sean condenadas, generando un impacto inmediato en la sociedad que es un mayor respeto a las normas. En este punto se han dado discusiones frente a la aplicación de leyes de amnistías o indultos, donde el Derecho Internacional ha establecido una serie de límites al momento de considerar emitirlos. Esta debe ser la única medida posible para lograr o facilitar el proceso de transición; no puede operar respecto a delitos de lesa humanidad o graves violaciones a Derechos Humanos; y el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Este punto será explicado de manera más profunda para el caso colombiano posteriormente.

Adicionalmente, es necesario garantizarse una proporcionalidad de las penas<sup>449</sup>, entendiendo que la respuesta del Estado a la conducta criminal debe ser ajustada al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con que el actor actuó<sup>450</sup>, armonizando con el principio de favorabilidad de la pena<sup>451</sup>. Sin lugar a dudas, las penas y condenas de los crímenes y la imposición de sus penas, es una forma de reforzar los valores de una sociedad y ayudar a la no repetición de esas conductas<sup>452</sup>.

A su vez, el procesado también debe contar con unas garantías mínimas de debido proceso, fomentándose la posibilidad que se le cumpla con los principios de legalidad de los crímenes, el derecho de asistencia legal técnica, presunción de inocencia, doble instancia y ser vencida en juicio conforme al material probatorio recaudado y ante el juez competente, conforme a los instrumentos internacionales<sup>453</sup>.

De acuerdo a lo anterior, la lucha contra la impunidad se satisface en la medida que el Estado cumpla sus obligaciones de generar una efectiva investigación, juzgamiento y condena frente a la responsabilidad penal de quienes se acogen a los presupuestos de la

---

<sup>449</sup> Respecto a como debe entenderse que una pena es adecuada puede consultarse el artículo 77 del ECPI.

<sup>450</sup> Al respecto, el TPIY expresó que las penas mas severas deberán imponerse a los autores de crímenes de lesa humanidad. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Drazen Erdemovic*, sentencia de 29 de noviembre de 1996, No. IT-96-22-T, párr. 40.

<sup>451</sup> Al respecto, la CIDH en el *Caso Masacre La Rochela* expresó “En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal”. CIDH, *Caso Masacre de La Rochela c. Colombia*, *Óp. Cit.* par. 156.

<sup>452</sup> Vid. GIL GIL, Alicia. “El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”. En *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Alicia Gil Gil, Elena Maculan y Susana Ferreira (Ed.), pp. 21-52, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2017, p. 38.

<sup>453</sup> En ese sentido se pronuncia el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

justicia transicional; el acceso a los beneficios que la ley otorga a los postulados, con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos fijados en la regulación, como contraprestación a la renuncia a sus actividades delictivas individuales y de grupo; y la manifestación veraz de dichas conductas, es decir, que una vez verificado el incumplimiento de uno de los requisitos para considerarse como postulado, debe aplicarse la pena principal como producto de la pérdida de los beneficios otorgados por el proceso de justicia transicional, y en aquellos casos en que no exista condena, debe trasladarse el asunto a la jurisdicción ordinaria.

De esta manera el punto más importante a resaltar es que la lucha contra la impunidad desde la visión de las víctimas se ve satisfecha con el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones de hacer efectiva la investigación, juzgamiento y condena frente a la responsabilidad administrativa, civil, penal y disciplinaria de otros agentes partícipes de la actividad delictiva que se adelanta en el marco de la justicia transicional, pero que se sale de su idoneidad. Conforme a lo anterior, en el caso que no se cumplan con estas obligaciones, los diferentes órganos de Derecho Internacional pueden intervenir de acuerdo a sus competencias y sancionar ya sea al Estado (por ejemplo activando el Sistema Interamericano de Derechos Humanos), como a los individuos responsables de crímenes internacionales (como sería la complementariedad de la CPI).

Frente a la participación en el proceso penal, debe observarse la acreditación dentro de los asuntos judiciales que se llevan con ocasión de los mismos y del alto número de víctimas afectadas por los hechos. Tal acreditación debe conducir tanto a la efectiva capacidad de intervenir en todas las etapas procesales como al reconocimiento y goce de los derechos que les atribuyen a los perjudicados; establecer las condiciones mínimas de seguridad que garanticen acudir a los procesos y permanecer en ellos; la asistencia legal y asesoría provista por el Estado que brinden condiciones de igualdad en la intervención de las víctimas en los procesos que se realizan en el marco de la justicia transicional.

Con base en lo expuesto, debemos manifestar que el atributo que se ve cedido en mayor medida para lograr un proceso de justicia transicional es el derecho a la justicia, puesto que se establecen diferentes mecanismos tales como la alternatividad penal y reglas procesales específicas que implican, una afectación del derecho correlativo de las víctimas.



Si bien es cierto, de alguna forma en estos asuntos, la justicia se ve tolerada para darle paso a la obtención de la Paz, estas no son excluyentes puesto que la administración de justicia contribuye a la paz, al resolver por las vías institucionalmente constituidas controversias y conflictos.

### **2.3.- Reparación**

El derecho a la reparación integral, ha sido desarrollado con mayor amplitud por parte de la regulación, la jurisprudencia y doctrina<sup>454</sup>. Se ha denominado en términos generales como a la “reparación” y se trata de un resarcimiento económico, que no siempre es el objetivo principal de la víctima, pero se da para enmendar los daños ocasionados por el delito. Podría definirse como aquella facultad que tiene el perjudicado de una conducta punible para hacer exigible a través de mecanismos judiciales establecidos expresamente en la ley, una indemnización de carácter económico por parte del sujeto activo del ilícito.

La CIDH ha manifestado que la reparación consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones de Derechos Humanos<sup>455</sup>, encontrándose herramientas como las de restitución, que consiste en devolver a la víctima en la medida de lo posible a la situación anterior a la vulneración al derecho; indemnización como aquella relacionada a compensar daños materiales e inmateriales sufridos como consecuencia de la violación de los derechos; la rehabilitación relacionada con asistencia médica, psiquiátrica, psicológica y legal; satisfacción que se trata en recuperar la dignidad de la víctima, como casos de construcción de monumentos o acciones de reconocimiento público, y garantías de no repetición, como aquellas medidas administrativas o jurídicas necesarias para evitar la reiteración de hechos similares<sup>456</sup>.

Los organismos internacionales y las normas internacionales han enunciado que la reparación debe ser justa, adecuada y proporcional a la naturaleza y gravedad de la violación cometida<sup>457</sup>. Adicionalmente, no solo comprende las condiciones de

---

<sup>454</sup> Al respecto, en Derecho Internacional se puede consultar el informe del Relator Especial BASSIOUNI emitido en el año 2000. Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Informe Final Relator Especial. Doc. E/CN. 4/2000/62/.

<sup>455</sup> CIDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros c. Chile*, Óp. Cit.

<sup>456</sup> CIDH. *Caso Manuel José Cepeda c. Colombia*, Sentencia del 26 de mayo de 2010

<sup>457</sup> CIDH. *Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, Sentencia del 7 de junio de 2003.

compensación o indemnización económica, sino también aspectos que ya se han hablado previamente, incluso los derechos a la verdad y la justicia<sup>458</sup>.

En casos de justicia transicional, se ha establecido que los Estados pueden proponer o proporcionar reparaciones dirigidas tanto a individuos o comunidades, mediante programas con base en medidas legislativas o en medidas administrativas. Teniendo en cuenta la gran cantidad de víctimas, las circunstancias que llevan a considerar que un de las partes de la justicia transicional no tendrá bienes para indemnizar, el Estado debe tomar decisiones de proporcionalidad y oportunidad para poder otorgar de manera adecuada a cada uno de los perjudicados lo que corresponda<sup>459</sup>. La CIDH en el *Caso Almonacid Arellano y Otros c. Chile*<sup>460</sup>, verificó la forma como se determinó la indemnización de quienes sufrieron de la época de dictadura, encontrando que se cumplió con la obligación de garantizar una reparación integral, toda vez que las encontró proporcionales a las violaciones padecida.

Este atributo tiene una gran complejidad, puesto que además de tratarse de una reparación económica, que no siempre es el objetivo principal de la víctima, pero se otorga con el fin de resarcir los daños ocasionados por la vulneración, es relevante que los Estados adopten medidas adicionales de carácter institucional o estructural que permitan evitar y prevengan futuros hechos relacionados o similares a los padecidos, consideradas como garantías de no repetición, las cuales también son vistas como herramientas de compensación del daño, puesto que la obligación del aparato estatal es la reparación integral de todo el perjuicio causado<sup>461</sup>.

Las medidas de restablecimiento del derecho, justicia restaurativa y reparación integral tienen un alcance mucho más amplio que la protección patrimonial. En cuanto a la justicia restaurativa se refiere a otros medios para la satisfacción de los efectos o las consecuencias de los hechos punibles<sup>462</sup>. Esta facultad surge en el momento en que se

---

<sup>458</sup> CIDH. *Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia*, Sentencia del 1 de julio 2006.

<sup>459</sup> Un estudio interesante respecto a la reparación en justicia transicional se puede encontrar en MANI, R. “La reparación como un componente de la justicia transicional: La búsqueda de la ‘justicia reparadora’ en el posconflicto” en MINOW, M., CROCKER, D. A., y MANI, R., *Justicia Transicional*, Óp. Cit. pp. 153-207.

<sup>460</sup> CIDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros c. Chile*, Óp. Cit.

<sup>461</sup> Vid. RINCON, T., *Verdad, justicia y reparación: La justicia de la justicia transicional*. Óp. Cit. p. 78.

<sup>462</sup> Al respecto BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE afirman “Comprende mecanismos dirigidos a proteger derechos individuales y satisfacer intereses colectivos, como los adoptados en instancias

efectúa la violación a los Derechos Humanos, de tal manera que el titular del mismo se da por la misma condición de víctima, la cual es fáctica, de acuerdo a RINCÓN que expresa

“(…) se es víctima cuando se sufre la violación de un derecho humano reconocido por el derecho internacional y/o por el derecho interno del respectivo Estado. Así, una víctima lo es con independencia de que el autor de la violación sea o no individualizado y/o con independencia del vínculo que haya tenido con él”<sup>463</sup>.

Esta facultad se ha ampliado a los familiares, en razón a las condiciones que han vivido, de angustia, zozobra, indefensión y sufrimiento como consecuencia de lo que ha sucedido, incluyendo situaciones de impunidad e injusticia. A su vez, la CIDH y la Comisión IDH han reconocido que pueblos indígenas y comunidades puedan reclamar sus derechos<sup>464</sup>. De ello se puede concluir que la reparación tiene una naturaleza individual, y se ha progresado hacia un concepto colectivo de la misma, en el entendido que se puede considerar que algunas herramientas tienen ese propósito, un resarcimiento a un grupo plural de personas, incluso a la sociedad en general<sup>465</sup>.

La naturaleza de esta potestad de la víctima sería hacer exigible a través de mecanismos judiciales establecidos expresamente en la ley, una indemnización de carácter económico, por parte de quien cometió las infracciones o crímenes<sup>466</sup>; o en casos especiales por el Estado, quien no podrá cercenar o limitar esta atribución, ni siquiera invocando disposiciones de su ordenamiento jurídico como justificación del incumplimiento de sus

---

internacionales o en sede de tutela, mediante los cuales es posible restaurar el orden alterado, merced, por ejemplo, a la realización de actos simbólicos, que permitan compensar de alguna manera el perjuicio causado y restablecer la confianza en el ordenamiento jurídico”. BERNAL CUELLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E. *El Proceso Penal*. Tomo I. Quinta Edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 350-351.

<sup>463</sup> RINCÓN, T., *Verdad, justicia y reparación: La justicia de la justicia transicional* Óp. Cit. p. 81.

<sup>464</sup> Al respecto se puede ver CIDH. *Caso Cantos c. Argentina*, sentencia de 7 de septiembre de 2001. par. 26-29. y CIDH. *Caso Perozo y otros c. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009. par. 399.

<sup>465</sup> Esta posición ha sido desarrollada por la CIDH en *caso de la Comunidad Mayagna Awas Tigni* y consolidada en el *Caso Yatama*, Cfr. CIDH. *Caso Yatama c. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, par. 225. CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.

<sup>466</sup> Diferentes normas internacionales como el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a los conflictos de carácter internacional en el artículo 91 establece “(…) la parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello”. Aunque en el Protocolo II referente a la protección a las víctimas de los conflictos armados no internacionales no exista disposición similar, se ha entendido que la obligación es de naturaleza general. Por su parte, el ECPI en su artículo 75 señala la obligación general de reparar se hace efectiva por intermedio de los mecanismos consagrados en este apartado de la norma. Conforme a ella, es competente la CPI para definir los principios por medio de los cuales se adelantará lo pertinente a la reparación, y en todo caso, establecer la modalidad aplicable (rehabilitación, indemnización o restitución)

deberes. Es por ello que resulta trascendental que se dé una interrelación entre el derecho a la justicia y las reparaciones, puesto que este es el componente idóneo para satisfacer este atributo.

Es claro que en algunos casos, dependiendo del ilícito, quien debe reparar es el Estado. Cuando se trata de violaciones graves de los Derechos Humanos y del DIH, surge de una manera independiente el deber del Estado incluso cuando la víctima es un miembro de grupos insurgentes o paraestatales, esto por la obligación general que tiene de prevenir dichas violaciones.

Por otro lado, la obligación del Estado de reparar se sustenta en motivos exclusivamente atinentes a la solidaridad social y equidad, donde se debe resarcir a la totalidad de las víctimas, sin discriminación alguna, de lo cual se puede concluir que dependiendo del caso concreto, sería responsable no solamente de violaciones cometidas por sus agentes, sino también de aquellos quienes no lo son, más cuando quienes incurren en las infracciones no cuentan con los bienes o patrimonios suficientes para cumplir con las condenas patrimoniales impuestas a favor de los perjudicados.

Adicionalmente, es necesario explicar que los mecanismos o recursos que el Estado establezca a favor de las víctimas, sea cual sea su naturaleza (civil, penal, administrativa o disciplinaria) deben ser ágiles, rápidos y asequibles sin discriminación alguna, para lo cual es necesario que por todos los medios posibles hacer pública la existencia de estos instrumentos, no solamente en el interior del país, sino en el extranjero, por ejemplo en consulados para aquellas personas que han debido exiliarse. Esta es la relación directa que existe entre la reparación y el derecho a la justicia, que se explicó anteriormente, puesto que no solo debe determinarse la existencia de la herramienta, sino también la capacidad de ejecución de la misma al momento en que concluya con una sentencia o instrumento equivalente definitivo.

En lo que tiene que ver con la CIDH, al igual que en los derechos a la verdad y justicia, ha tenido la oportunidad de formular estándares en lo que respecta a la reparación, siendo muy proactiva la manera de abordar esta figura, desarrollando varios puntos relevantes que procederemos a analizar. Los primeros casos se emitieron decisiones tímidas, conservadoras, que de alguna manera privaban del resarcimiento a los

perjudicados, generando en cierto modo dolor. A pesar de ello, la CIDH tomó en cuenta el artículo 63.1 la Convención Americana<sup>467</sup>, y comprendiéndola como aquel

“(…) ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”<sup>468</sup>.

La idea en un principio era establecer una reparación compensatoria y no sancionatoria, de tal manera que la indemnización exclusivamente “(…) comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada”<sup>469</sup>, una posición restrictiva, al punto que se considera que “(…) la Corte excluyó la posibilidad de ordenar medidas tales como la investigación de los hechos relacionados con la desaparición, el castigo de los responsables, la reprobación pública de esa práctica y la reivindicación de la memoria de las víctimas”<sup>470</sup>.

No obstante lo anterior, se destaca de estos pronunciamientos que la reparación debe fijarse con independencia del derecho interno, puesto que su base se encuentra en la Convención americana<sup>471</sup>; entender que la sentencia que declara la responsabilidad internacional en sí misma es una forma de reparación<sup>472</sup>; y la exclusión o procedimientos internos para hacer efectivo el pago de la indemnización decretada<sup>473</sup>.

Con posterioridad, en el año 2005, la Comisión IDH hizo público un documento denominado “*Memorando sobre Reparaciones*”, donde se formula un estudio sobre el derecho a la reparación en el Sistema Interamericano<sup>474</sup>. En este se informe, se habla de

---

<sup>467</sup> El artículo 63.1 de la Convención Americana establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

<sup>468</sup> CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Óp. Cit., par. 26.

<sup>469</sup> *Ibíd.* par. 39.

<sup>470</sup> QUINCHE, M. F. *Los estándares internacionales de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 60.

<sup>471</sup> CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Óp. Cit., par. 30.

<sup>472</sup> *Ibíd.* par. 36.

<sup>473</sup> *Ibíd.* par. 54.

<sup>474</sup> Tal como lo expresa QUINCHE “(…) el estudio busca satisfacer dos propósitos: sistematizar los principios utilizados por la Corte en materia de reparaciones, y servir de guía en la consideración de dichas medidas, bajo el hecho de que no existen fórmulas aplicables automáticamente, sino que hay que entender a las

víctimas individuales directas e indirectas, y de víctimas colectivas, dentro de una línea jurisprudencial que inicia en el *caso de la Comunidad Mayagna Awas Tigni*<sup>475</sup> y consolidada en el *Caso Yatama*<sup>476</sup>.

Para la CIDH la reparación consiste en volver las cosas al estado anterior e indemnizar el daño causado, de tal manera que el mismo debe ser cierto, ya sea por presunción o por evidencia; que deba existir una causalidad con las consecuencias del mismo; y que los resultados constituyan una forma de perjuicio que no se pueda reparar con la cesación de la conducta indebida. Dentro de las clases de daño, se destacan aquellos denominados físicos, que corresponden a las lesiones físicas y mentales causadas; moral, que hace referencia al grado de sufrimiento o dolos padecido; y el material, que se relaciona a la afectación patrimonial padecida, consistente en el lucro cesante, daño emergente y las costas y gastos<sup>477</sup>.

Las herramientas para que el Estado logre el cumplimiento de estas medidas son la reparación administrativa y judicial, donde las víctimas pueden acudir a estos dos tipos de mecanismos. La reparación por vía administrativa es un componente de la reparación integral cuyo principal objetivo es la compensación material de daños ocasionados por infracciones al DIH o graves violaciones a los Derechos Humanos en el marco del conflicto armado interno, constituyéndose en una serie de decisiones principalmente de carácter económico (aunque no exclusivamente de esta manera) que se fija en montos de salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, cifras que deben ser pagadas por el Estado a la víctima de acuerdo al daño percibido y en la medida que las condiciones presupuestales lo permitan, para lo que se deben crear fondos y mecanismos que permitan cumplir con esta obligación.

Adicional a lo anterior, la CIDH ha considerado que la cesación de las violaciones por parte del Estado es una forma de reparación que está ligada a la situación de violaciones permanentes de Derechos Humanos, como es el caso colombiano. Para ello se plantean

---

características específicas de cada caso”. QUINCHE, M. F. *Los estándares internacionales de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz. Óp. Cit.*, p. 60.

<sup>475</sup> CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, *Óp. Cit.*

<sup>476</sup> Cfr. CIDH. *Caso Yatama c. Nicaragua*, *Óp. Cit.*, par. 225.

<sup>477</sup> Vid. QUINCHE, M. F. *Los estándares internacionales de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz. Óp. Cit.*, p. 104 y 105.

acciones legislativas, judiciales y administrativas (como garantías de no repetición). En las primeras se armonizan las normas de derecho interno con las de la Convención Americana, modificando normas como la justicia penal militar<sup>478</sup> o condenas desproporcionadas, como la cadena perpetua<sup>479</sup>.

Las acciones judiciales están relacionadas con la lucha contra la impunidad y el derecho a la justicia, es decir, con el deber de investigar y sancionar, donde se puede desde ordenar volver a investigar un caso ya analizado, hasta reabrir un juicio<sup>480</sup>. Por su parte, en las acciones administrativas, el Estado debe corregir prácticas institucionales que implican la vulneración de Derechos Humanos, principalmente en el caso de promoción de contenido social, educativo y políticas públicas<sup>481</sup>.

La CIDH también ha contemplado que el derecho a la reparación contiene medidas de restauración, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, las cuales deberán ser aplicadas por este Tribunal en cada caso en concreto de acuerdo a las afectaciones que las víctimas hayan padecido y sean derivadas de las violaciones a la Convención Americana y los Derechos Humanos.

Las herramientas de restauración implican la adopción de medidas que estén dirigidas a restablecer la situación que habría sucedido si la vulneración no se hubiera cometido. Aquí podríamos incluir lo correspondiente a la indemnización, es decir el componente pecuniario de la reparación, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad a la clasificación del daño, ya sea material<sup>482</sup>, o moral<sup>483</sup>. Como casi siempre resulta imposible en la mayoría de los casos volver al estado anterior al hecho dañoso, la CIDH ha trabajado en la posibilidad de complementar esta contingencia con

---

<sup>478</sup> CIDH. *Caso Castillo Petruzzi c. Perú*, Óp. Cit.

<sup>479</sup> CIDH. *Caso Lori Berenson c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004.

<sup>480</sup> Cfr. CIDH. *Caso Cesti Hurtado c. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, y CIDH. *Caso de los 19 Comerciantes c. Colombia*, Óp. Cit., punto resolutive 5.

<sup>481</sup> Cfr. CIDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, punto resolutive 8.

<sup>482</sup> El daño material comprende el lucro cesante, daño emergente y costas. La CIDH ha tomado como prueba para determinar los ingresos de la persona, lo allegado al proceso respecto al empleo con el que contaba al momento de la vulneración, y en caso de inexistencia de la misma, ha utilizado el salario mínimo del Estado demandado. CIDH. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Óp. Cit. par. 278.

<sup>483</sup> Al tratarse de un análisis relativamente subjetivo del dolor o sufrimiento padecido, no se puede determinar un monto determinado, es por ello que se ha otorgado bajo el principio de equidad, cuantías que dependerán de la vulneración padecida, es decir, si se trata de muerte, lesiones severas que afectan la reconstrucción del proyecto de vida, etc.

instrumentos alternativos que permitan restablecer la integridad moral, mental, física y legal de las víctimas<sup>484</sup>.

En lo relativo a lo que se ha denominado rehabilitación, la CIDH ha desarrollado su jurisprudencia con órdenes que implican tratamientos médicos, reinstalación en las actividades laborales o educativas, entre otros<sup>485</sup>. Es importante aclarar que el Tribunal ha considerado que la prestación de servicios que realiza el Estado, no puede confundirse con las reparaciones<sup>486</sup>.

Las medidas de satisfacción son herramientas de naturaleza simbólica que colaboran en la reparación de las víctimas, no tienen naturaleza pecuniaria, puesto que busca el resarcimiento de bienes no cuantificables económicamente, y tienen un impacto en la comunidad y la sociedad en general, circunstancia que permite reforzar las garantías de no repetición. Las modalidades de esta forma de resarcimiento se puede encontrar el reconocimiento de responsabilidad del Estado, el cual debe ser público (en la medida de lo posible, realizarse en el mismo lugar de los hechos; con la participación de las víctimas; y con amplia difusión nacional)<sup>487</sup>; presentar disculpas o perdón por los hechos sucedidos<sup>488</sup>; en el caso que las personas desaparecidas pertenecen a comunidades indígenas, se ha determinado la importancia que tiene para los miembros sobrevivientes que quienes han fallecido sean honrados según los rituales de su cultura<sup>489</sup>; la publicidad de la sentencia condenatoria, como una medida que permita fortalecer la memoria de las víctimas<sup>490</sup>, y otras medidas<sup>491</sup>.

---

<sup>484</sup> A modo de ejemplo, en el caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños se ordenó mejoras en el sistema de las vías de comunicación públicas; acceso a servicios públicos de agua y luz; establecimiento de un centro de salud en un lugar accesible para la mayoría de las poblaciones, con el personal y las condiciones adecuadas, en el cual se pueda brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica, y psicosocial, a las personas que se hayan visto afectadas; construcción de una escuela en un lugar accesible para la mayoría de las poblaciones; y construcción de un centro para adultos mayores. CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012, par. 339.

<sup>485</sup> Cfr. CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, Óp. Cit., par. 353

<sup>486</sup> Cfr. CIDH. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) c. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, par. 529.

<sup>487</sup> Cfr. CIDH. *Caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, Óp. Cit., par. 301.

<sup>488</sup> Cfr. CIDH. *Caso Masacres de Ituango c. Colombia*, Óp. Cit. par. 406, y CIDH. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Óp. Cit. par. 314.

<sup>489</sup> Cfr. CIDH. *Caso Comunidad Moiwana c. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005, par. 208.

<sup>490</sup> Cfr. CIDH. *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, par. 79. Al respecto se puede ver CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, Óp. Cit., par. 361; CIDH. *Caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, Óp. Cit., par. 303; CIDH. *Caso Gelman c. Uruguay*,



## 2.4.- Garantías de no repetición

En lo que respecta a las garantías de no repetición se puede enunciar que con aquellas medidas dirigidas a imposibilitar que las circunstancias que provocaron las vulneraciones de los derechos se vuelvan a presentar, por ello para la reparación es indispensable que existan indemnizaciones no pecuniarias de los daños causados, adicionales a las explicadas, que contengan modificaciones institucionales permitiendo cambiar las bases que provocaron la violencia, principalmente en situaciones normativas o judiciales.

Justamente las medidas adoptadas bajo esta modalidad buscan asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones, siendo indefectible la realización de estas actuaciones, así como cambios en los cuerpos de seguridad, promoción y respeto de los Derechos Humanos, dado que es condición fundamental para lograr la eficacia de los mecanismos de reparación implementados.

La CIDH en su jurisprudencia ha adoptado entre otras, las siguientes garantías de no repetición aplicables para procesos de justicia transicional: modificaciones relacionadas con comisiones interinstitucionales de búsqueda de niños y niñas que habían desaparecido en el marco de un conflicto armado<sup>492</sup>, por considerar que la existente no cumplía con los parámetros de independencia e imparcialidad de sus miembros; la obligación de cooperación por parte de los demás organismos estatales; la asignación de recursos suficientes; y la participación de la sociedad civil en su integración<sup>493</sup>.

En el caso que la CIDH ha constatado irregularidades en la actuación de la policía y demás Fuerzas Armadas y de seguridad, ha ordenado que los Estados adopten las providencias necesarias tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de esos

---

sentencia de 24 de febrero de 2011, par. 270; CIDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia*, Óp. Cit., par. 220; CIDH. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) c. México*, Óp. Cit., par. 468; CIDH. *Caso Valle Jaramillo c. Colombia*, Óp. Cit., par. 227.

<sup>491</sup> Cfr. CIDH. *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia de 22 de febrero de 2002. par. 84, CIDH. *Caso Masacres de Ituango c. Colombia*, Óp. Cit.; y CIDH. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Óp. Cit., par. 315. CIDH. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) c. México*, Óp. Cit., par. 473. CIDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia*, Óp. Cit., par. 228 y 231. CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños C. El Salvador*, Óp. Cit., par. 365.

<sup>492</sup> Cfr. CIDH. *Caso de los 19 Comerciantes c. Colombia*, Óp. Cit., par. 264 y CIDH. *Caso Gelman c. Uruguay*, Óp. Cit., par. 274.

<sup>493</sup> Cfr. CIDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, de 1 de marzo de 2005, par. 183-188.

cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los Derechos Humanos<sup>494</sup>. En ese sentido, la Corte ha ordenado que los cursos de formación para las fuerzas armadas debían incluir la perspectiva de género y niñez, ante la constatación de masivas violaciones de derechos por parte de sus integrantes en diversas masacres<sup>495</sup>.

Otra medida establecida por la CIDH como garantía de no repetición es que un Estado que ha ratificado un tratado de Derechos Humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>496</sup>. Si bien esta obligación parecería estar dirigida exclusivamente a los órganos legislativos, el Tribunal ha explicado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, están obligados por él<sup>497</sup>.

Como se puede ver, la evolución del derecho a la reparación y las garantías de no repetición se debe al desarrollo creado por la Corte IDH a través de su jurisprudencia, donde se pueden destacar elementos como el reconocimiento de afectaciones en perjuicio de víctimas directas e indirectas; la visión multidimensional de los daños que repercuten en la persona humana o colectivos; y la integralidad de las medidas de reparación, puesto que buscan restablecer la situación jurídica vulnerada y en especial garantizar la no repetición de los hechos. Estos factores han sido determinantes para atender casos de violaciones a Derechos Humanos y hacer efectivo el ejercicio del derecho que tienen las víctimas a requerir una reparación bajo la característica de integral. Para cumplir con las expectativas que las víctimas generan al interior de un proceso de justicia transicional, como es posible observar, el Estado adquiere múltiples obligaciones y su participación debe ser proactiva.

### **3.-Cuál es el objeto y qué justifica la justicia transicional en el Caso Colombiano.**

El caso colombiano no puede considerarse como de normalidad, con las particularidades históricas que se analizaron en el capítulo I del presente escrito. En la actualidad existe un consenso generalizado frente a que Colombia desde hace más de una

---

<sup>494</sup> Cfr. CIDH. *Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003, par. 281.

<sup>495</sup> Cfr. CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, *Óp. Cit.*, par. 368.

<sup>496</sup> Cfr. CIDH. *Caso Bulacio c. Argentina*, *Óp. Cit.*, par. 140.

<sup>497</sup> Cfr. CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros C. Chile*, *Óp. Cit.*, par. 124.

década va hacia un proceso de justicia transicional, aunque en un principio algunos autores cuestionaban que se utilizara esta figura en el caso de un conflicto que aun no había terminado<sup>498</sup>.

No obstante, progresivamente las ramas del poder público han concurrido en su reconocimiento<sup>499</sup>, la sociedad civil ha participado de manera activa en su configuración y la Comunidad Internacional ha ayudado para lograr ese propósito, muy a pesar que la Constitución Política de 1991 no hable expresamente de esta figura, la Corte Constitucional en las Sentencias C – 370 de 2006, C – 1199 de 2008 (relacionadas con demandas de inconstitucionalidad de la Ley 975 de 2005 – Justicia y Paz), C – 771 de 2011 (relacionada con una demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1424 de 2010), y C – 052 de 2012 (que estudió la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas), incluyó a la definición de justicia transicional impuesta en el Derecho Internacional<sup>500</sup>.

Bajo este enunciado, se encuentra que la justicia transicional tiene como principal propósito pasar de un “estado de anormalidad” a un “estado de normalidad”, de condiciones de guerra, a condiciones de paz, de gobiernos con políticas autoritarias, con graves violaciones de Derechos Humanos, a situaciones de democracia con transformaciones sociales y políticas<sup>501</sup>, buscando distanciarse del pasado, restableciendo las instituciones públicas.

Este es el objeto de aplicar estos mecanismos en Colombia<sup>502</sup>, país que ha vivido más de medio siglo con una situación de violencia por diversas motivaciones como se ha

---

<sup>498</sup> Cfr. UPRIMNY YEPES, R. y SAFFÓN, M. P. *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia en Justicia y Paz, ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá D.C.: Ed. Intermedio, 2009, y SAFFÓN, M. P. “Enfrentando los horrores del pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre justicia transicional” en MINOW, M., CROCKER, D. A., y MANI, R., *Justicia Transicional, Óp. Cit.* pp. 11-78.

<sup>499</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C – 597 de 2013 aclaró este punto.

<sup>500</sup> Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 370 de 2006 expresó que la justicia transicional se “(...) trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social”.

<sup>501</sup> Vid. FREEMAN, M. *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 18. También: FORER, A. “Justicia Transicional”, en *Colección El Saber Penal. No. 1*, Universidad del Sinú, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

<sup>502</sup> La Corte Suprema de Justicia, expresó que frente al esquema de justicia transicional diseñado para Colombia “(...) implica el abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas en el sistema jurídico convencional de la solución de los diversos conflictos sociales,

enunciado, por ello intentar sanar las diferentes heridas que surgen en la sociedad como producto de las violaciones a los Derechos Humanos, avanzar en el proceso de reconciliación, sin olvidar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la reparación integral, la justicia y la verdad, reduciendo la impunidad, determinando que califica como delito y responsabilizando a los culpables, promoviendo la eliminación de las diversas causas, garantizando la no repetición de las violaciones, mediante el establecimiento de un Estado de derecho es un objetivo más que justo y loable<sup>503</sup>.

Justamente, tal como se ha enunciado, la justicia transicional tiene la delicada y difícil función de lograr un equilibrio entre paz y justicia, mediante la negociación, característica propia del caso colombiano en la medida que como modelo para solución del conflicto, siempre ha estado presente la posibilidad de suscribir pactos de paz independientes con cada actor armado, caracterizados por la participación ciudadana, pero envueltos por graves crisis humanitarias, en la medida que no se ha evidenciado un triunfador en la confrontación armada.

Por ello la aplicación de esta figura ayudará a que la sociedad colombiana entre en una etapa de posconflicto, permitiendo que se elimine la violencia y donde el Estado deberá concentrarse y encaminarse en las satisfacción de otras necesidades, como serían la desigualdad social o la intolerancia política, puntos que han coadyuvado como factores para que se desencadene el conflicto.

Con base en esto, la justicia transicional se justifica para el caso colombiano puesto que la paz es un propósito colectivo nacional e internacional, que puede considerarse como ausencia de enfrentamientos violentos, como la efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos (desarrollo máximo), o como la atenuación de los rigores de la guerra y

---

para dar paso a una nueva propuesta de reconciliación que facilite el proceso de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de los grupos armados al margen de la ley”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de mayo del 2014. Rad. 39960.

<sup>503</sup> En ese sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 597 de 2013 contiene como objetivos de la justicia transicional en Colombia el reconocimiento de las víctimas; el establecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron; la reconciliación, y el fortalecimiento de la democracia.

la “humanización” de las situaciones de conflicto (DIH como manifestación del derecho a la Paz en tiempos de guerra<sup>504</sup>).

Al entender que la Paz en Colombia se considera un derecho<sup>505</sup>, en principio catalogado exclusivamente de carácter colectivo, y que con el paso del tiempo ha sido transformado en como subjetivo con el adjetivo de fundamental para cada uno de los seres humanos individualmente considerados, a los cuales a su vez les corresponde el correlativo deber jurídico de buscar la paz social, el Estado debe emprender una labor fundamental para lograr que este atributo se vea materializado<sup>506</sup>.

La justicia transicional permite la existencia de una tensión entre el propósito social de obtener un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las vulneraciones sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una reparación integral, con el correspondiente esclarecimiento de la verdad. Para la solución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se pueden suspender o interrumpir con fundamento en las circunstancias de transición, genera ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos enunciados previamente en materia de justicia, verdad y reparación, los cuales son de estricto cumplimiento, permitiendo una interacción entre regulación interna e internacional, lo que no se ha escapado en el caso objeto de estudio<sup>507</sup>.

A su vez, es justificable puesto que el número considerable de víctimas y de perpetradores<sup>508</sup>, difícilmente le podían permitir resolver a las instituciones ordinarias judiciales y administrativas, la cuales se encuentran diseñadas para abordar problemáticas en condiciones de normalidad<sup>509</sup>, en donde la conducta delictiva constituye la excepción, llevar a cabo la persecución penal a todos los autores de graves violaciones a los Derechos

---

<sup>504</sup> En ese sentido se pronuncia la Corte Constitucional en las Sentencias C – 370 de 2006, C – 771 de 2011 Y C – 112 de 2019.

<sup>505</sup> Cabe aclarar que la Constitución Política de Colombia tiene referencias reiteradas a la paz, que se pueden encontrar en el Preámbulo y los artículos 2, 22 y 95.

<sup>506</sup> Cfr. Corte Constitucional en las Sentencias C – 370 de 2006 y C – 771 de 2011

<sup>507</sup> En ese sentido se pronuncia la Corte Constitucional en las Sentencias C – 715 de 2012, C – 579 de 2013 y C – 577 de 2014.

<sup>508</sup> Vid. FORSYTHE, D. P. *Human rights in international relations*, segunda edición, New York: Cambridge University Press, 2006, p. 89.

<sup>509</sup> Véase FREEMAN, M. *Qu'est-ce que la justice transitionnelle?* New York: ICTJ, 2007, p. 2.

Humanos. Bajo este entendido, se hace necesario el diseño de instrumentos especiales, extraordinarios y temporales que permitan resolver con una mayor eficacia las necesidades de las víctimas y de esta manera obtener una paz estable y duradera.

Por las razones anteriormente manifestadas, la justicia penal ordinaria se mostraba insuficiente e inadecuada para enfrentar el legado de violencia y de violaciones masivas a los Derechos Humanos, en esa medida, inevitablemente conllevarían una impunidad<sup>510</sup>. En ese contexto, los últimos gobiernos implementaron políticas substitutivas y/o complementarias de lo que se conoce como justicia retributiva prevista en los ordenamientos ordinarios o tradicionales, que toman en cuenta suplir otras necesidades como la paz, la democracia o preservar el Estado de derecho, fundados en un concepto más amplio que la jurisdicción penal ordinaria o clásica.

Ahora bien, lo anterior lleva a creer en que el mecanismo para llegar a la paz, sin olvidar los derechos de las víctimas resulta ser una justicia transicional bajo la modalidad de perdones responsabilizantes<sup>511</sup>. Es necesario dentro de Colombia, establecer y mantener un sistema de transición, en el que con la aplicación de los diferentes instrumentos jurídicos, complementados con los otros esfuerzos, distando del sistema ordinario, con el propósito de llegar a un cierre de los capítulos del conflicto armado interno.

Adicionalmente, la justicia transicional se justifica por la situación que atraviesa la sociedad colombiana. Los instrumentos creados para resolver conflictos en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, no resultan suficientes ante la especial situación que viven los perjudicados. Es por eso que, con el fin de obtener los fines de reintegrar a los excombatientes, prevalecer las condiciones de seguridad del país, garantizar la no repetición de actos violatorios a los Derechos Humanos, que generen nuevas víctimas, se deben adoptar decisiones de Estado, que orienten el cumplimiento de estos objetivos, superando las dificultades que ha arrastrado la regulación de no incluir a la totalidad de los

---

<sup>510</sup> La figura en la cual los responsables de las violaciones a los derechos humanos son juzgados, es conocido por los tratadistas con la denominación en inglés “*impunity gap*”. Véase uno de los varios casos en el informe de HUMAN RIGHTS WATCH. *Narrowing the impunity gap. Trials before Bosnia’s War Crimes Chambers*, febrero de 2007, Vol. 19, No. 1(D), p. 2 y 19. Véase también KLEFFNER, J. K. *Complementary views on complementarity: proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court*, New York: Cambridge University Press, 2006, p. 96.

<sup>511</sup> Al respecto se puede consultar ANICHIARICO GONZÁLEZ, A. M. “Una visión de la terminación de los conflictos armados centrada en la justicia transicional” en *Universitas*, N° 24, 2016, pp. 165-194. doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3179>

actores del conflicto, como lo expresa claramente UPRIMNY, y se enunció en el capítulo anterior, para el caso del conflicto armado colombiano

“(…) Hay varias características del propio conflicto colombiano que lo hacen complejo. En primer lugar, se trata de uno de los conflictos armados más largos del mundo. Los análisis más prudentes hablan de 1964 como el origen contemporáneo del conflicto colombiano (…) En segundo lugar, el conflicto colombiano no se desarrolla entre dos facciones –como sucede usualmente–, sino que incluye varios actores: el Estado, los grupos guerrilleros y los grupos paramilitares.”<sup>512</sup>.

Bajo este entendido, durante el desarrollo de la violencia en Colombia siempre ha estado presente la posibilidad de entablar negociaciones con el propósito de superar la confrontación, en la medida que no se ha vislumbrado un triunfador por miedo de las armas, circunstancia característica frente a otros modelos de justicia transicional en el mundo. Estas decisiones han estado enmarcadas en el cumplimiento de normas y estándares de Derecho Internacional de acuerdo a los instrumentos ratificados que han comprometido al Estado para investigar, juzgar y sancionar a quienes cometan crímenes de Derecho Internacional.

A su vez, cada etapa ha mostrado una línea a seguir diferente, por ello se podría concluir que han existido pactos con responsabilidad y sin responsabilidad de los combatientes o ejecutores de las violaciones a los Derechos Humanos, con cierto grado de improvisación, los cuales se han visto influenciados por la consolidación jurisprudencial de los estándares mínimos que influyen en los acuerdos con los alzados en armas, fundamentalmente desde la Sentencia C – 370 de 2006 emitida por la Corte Constitucional y la jurisprudencia de la CIDH<sup>513</sup>, donde a modo de ejemplo encontramos que en materia de amnistías e indultos no podrán ser aplicadas en crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad<sup>514</sup>, a pesar que estas medidas siempre han estado presentes en la tradición jurídica de Colombia.

Se puede concluir, que el camino seguido por el Estado colombiano frente a la justicia transicional ha ido mejorando en procura de satisfacer los derechos de las víctimas

---

<sup>512</sup> UPRIMNY YEPES, R. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*, Óp. Cit. p. 165-195.

<sup>513</sup> Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, M. y PEÑA, R. (2014). “La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia”. En *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 7, pp. 113-159, doi: dx.doi.org/10.12804/acdi7.2014.04. p. 114.

<sup>514</sup> En ese sentido se pronuncia la Corte Constitucional en la Sentencia C – 577 de 2014.

y cumplir con los estándares mínimos que se deben garantizar en el caso de graves violaciones a los Derechos Humanos y DIH, los cuales se analizarán en los procesos de paz en las siguientes líneas.

### **3.1.- Los procesos de paz sin responsabilidad de los actores.**

Luego de varias décadas de confrontación entre los grupos guerrilleros y el Estado, se registraron intervalos de tiempo de paz, marcadas por las negociaciones adelantadas durante las décadas de los ochentas y noventas, las cuales se caracterizan por establecer perdones amnésicos, en la medida que los instrumentos de Derecho Internacional aplicables para aquel entonces no propugnaban por los derechos de las víctimas. Ello se puede observar en los casos de negociaciones las guerrillas colombianas de las FARC-EP, ELN, M-19 y Quintín Lame, donde los esfuerzos de estos procesos fueron otorgar la incorporación política de los desmovilizados, olvidando su integración con la sociedad, lo que produjo condujo a que no se dieran los resultados esperados.

A modo de ejemplo, en los *Acuerdos de la Uribe*, mediante la Ley 35 de 1982<sup>515</sup> se emitió una amnistía general, relacionada con delitos políticos y conexos, excluyendo aquellos crímenes como los homicidios cometidos fuera de combate, o si han sido realizados con sevicia, o si la víctima ha sido colocada en situación de indefensión o de inferioridad, lo que permitió que varios combatientes se desmovilizaran. A su vez, esta norma permitió el surgimiento de la Unión Patriótica como partido político, lo que se puede catalogar como original, aunque finalmente fracasó.

Por su parte, mediante la Ley 77 de 1989<sup>516</sup>, se otorgó facultades al presidente de la República para indultar a quienes hubieran cometido delitos políticos (rebelión, sevicia y asonada), de tal manera que los miembros de los grupos guerrilleros como el M-19, EPL, Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el Movimiento Quintín Lame (MAQL), iniciaron negociaciones, sin garantizar los derechos de las víctimas<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup> Congreso de la República. Diario Oficial 36133 bis del 20 de noviembre de 1982.

<sup>516</sup> Congreso de la República. Diario Oficial 39116 del 22 de diciembre de 1989.

<sup>517</sup> Sobre la desmovilización de estos grupos se puede consultar REALES GUTIERREZ, C. E. y BEJARANO SANDOVAL, A. M. *Políticas después de la guerra: la reincorporación de grupos guerrilleros en América Latina y su impacto en la consolidación de una oposición democrática viable*, *Óp. Cit.* p. 116-133; PARDO, R. *De primera mano: Colombia 1986-1994*, Bogotá D.C.: Ed. Norma, 1996.



Como producto de estas desmovilizaciones, algunos de los grupos mencionados anteriormente abandonaron la lucha armada y pasaron a ser actores políticos, al haber sido indultados. No obstante, las condiciones sociales del país impedían que los ex combatientes se pudieran reincorporar a la vida civil, principalmente porque se convirtieron en objetivo de ataque de los grupos paramilitares, de agentes estatales e incluso de los mismos grupos guerrilleros que continuaron activos y por la expansión de las actividades de narcotráfico. A su vez, sus proyectos políticos no tuvieron la posibilidad de consolidarse y como lo expresa LÓPEZ DÍAZ, GONZÁLEZ y ERRANDONEA

“(…) No se establecieron responsabilidades, ni hubo confesiones, tampoco hubo reparaciones ni disposición a la no repetición, lo que generó sentimientos de injusticia, inseguridad, venganza que llevaron a la población civil del país a una polarización tal, que los ciudadanos se podían dividir en dos: los que estaban en el bando que defendía a las guerrillas y los que hacían parte de aquel que aceptaba las acciones de los grupos paramilitares o de justicia privada, creados con el consentimiento del Estado para hacer frente a las atrocidades cometidas por aquellos, ante el actuar omiso de la fuerza pública”<sup>518</sup>.

La convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en 1990 provocó que muchos de los desmovilizados pudieran participar en la elaboración de la nueva Constitución. De manera simultánea, se adelantaban negociaciones con las FARC-EP, el ELN y un grupo minoritario del EPL en México y Venezuela, el cual no logró un acuerdo y sobrevino la consecuente ruptura.

Ya con la expedición de la Constitución Política de 1991, se otorgó una mayor relevancia normativa y política hacia la protección y respeto de los Derechos Humanos, así como modificaciones en el poder judicial para promover su independencia<sup>519</sup>, lo que permitió que la posición del Estado en el tratamiento del conflicto de cierta forma cambiara, puesto que se regularon los Estados de Excepción, se aprobó el Protocolo Adicional II, se capacitaba a la Fuerza Pública en el respeto de los Derechos Humanos, etc.

No obstante, como se explicó en el Capítulo I de este escrito, la aparición de los grupos paramilitares y la nueva estrategia militar de las guerrillas, provocaron una

---

<sup>518</sup> LÓPEZ DÍAZ, C., GONZÁLEZ, D., ERRANDONEA, J. “Justicia transicional en Colombia” en *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, Óp. Cit. p. 27 y 28.

<sup>519</sup> A modo de ejemplo, mediante la Constitución Política de 1991 se creó la Fiscalía General de la Nación, cuyo objeto es salvaguardar la independencia de un órgano investigativo e instructor de los asuntos penales, haciendo parte de la rama judicial.

profundización del conflicto, aunque los Gobiernos mantuvieron inmodificable la posibilidad de una salida negociada, ahora con una responsabilidad de los agentes, fundamentalmente impulsado por las opiniones y decisiones jurisprudenciales de Derecho Internacional<sup>520</sup> y de la Corte Constitucional (sobre temas como el conflicto armado, el fuero penal militar, el porte de armas por particulares, entre otros<sup>521</sup>), las cuales

“(…) resultan fundamentales a la hora de respaldar, frenar o condicionar las políticas públicas que afectan de manera directa los derechos humanos, bien sea su protección o su restricción, dentro de la difícil coyuntura de perturbación del orden público que afrontan los gobiernos colombianos”<sup>522</sup>.

Es así como un pronunciamiento fundamental es la Sentencia C – 456 de 1997, donde la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de analizar el artículo 127 del Código Penal de la época<sup>523</sup>. Al respecto, el Tribunal Constitucional manifestó que

“(…) El derecho y el deber a la paz obligan al juez constitucional a expulsar las leyes que estimulen la violencia y que alejen las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos. Lejos de servir a la causa de la paz, la norma demandada, al colocar el combate por fuera del derecho, degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua. En este contexto, pierde sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que éstos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción”<sup>524</sup>.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional modificó la estructura de la confrontación, en la medida que con anterioridad a ella los homicidios producto de las acciones bélicas eran conexas al delito de rebelión, por lo tanto no podrían ser sancionables, de tal manera que a partir de esa sentencia las muertes cometidas en combate en contra de miembros de la Fuerza Pública pasaron a ser castigados como homicidios agravados, por la forma como se desarrollaban que generalmente eran con barbarie.

---

<sup>520</sup> Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos en Colombia. Tercer informe*, Bogotá D.C.: Comisión Colombiana de Juristas, 1999.

<sup>521</sup> Al respecto, se puede consultar SILVA, A., ITURRALDE, M. A. y SOCHA, N. *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, *Óp. Cit.* p. 101-128.

<sup>522</sup> SILVA, A., ITURRALDE, M. A. y SOCHA, N. *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, *Óp. Cit.* p. 102.

<sup>523</sup> El artículo enunciaba “Artículo 127: Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.

<sup>524</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 456 de 1997.

Otra Sentencia es la C – 358 de 1997, relativa a la forma como se debe aplicar el fuero penal militar<sup>525</sup>, donde la Corte Constitucional da un giro en cuanto a la posibilidad que los actos realizados por la Fuerza Pública no queden en la impunidad, enfrentando las dificultades del conflicto armado, enunciando

“Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor”<sup>526</sup>.

Estos son claro ejemplos que las competencias y reglas para realizar negociaciones con los grupos armados ilegales cambiaron, por un lado debían enmarcarse en las condiciones normativas impuestas por la Constitución Política, y por otro lado, la evolución del ordenamiento jurídico internacional imponía condiciones que no podrían obviarse, so pena que el Estado se vea envuelto en eventuales responsabilidades internacionales. Estos estándares mínimos fueron apropiados por la regulación colombiana mediante el Bloque de Constitucionalidad, asunto que se analizó previamente en el Capítulo I.

Adicional a lo anterior, en el año 2000 mediante la Ley 599 se expidió el Código Penal, el cual incluyó como sancionables las infracciones al DIH, judicializando la guerra. Por ello se podría descartar procesos de paz que no contengan responsabilidad de los actores, tal como se habían dado en Colombia hasta este momento, lo que nos conduce a una nueva etapa que lleva inmersa esta prerrogativa.

---

<sup>525</sup> Esta figura se puede definir como “(...) el derecho de que gozan los miembros de la Fuerza Pública, por pertenecer a esta, de ser juzgados por un juez diverso al que ordinariamente tiene la competencia para el efecto”. Corte Constitucional. Sentencia C – 399 de 1995.

<sup>526</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 358 de 1997.

### **3.2.- Los procesos de paz con responsabilidad de los actores.**

A finales de la década de los noventa, el Estado colombiano buscó adelantar negociaciones de paz dirigidas a la finalización del conflicto. Teniendo en cuenta el grave recrudecimiento de las acciones bélicas, y la fuerza que tomaron los actores guerrilleros y paramilitares se profundizó la necesidad de buscar acuerdos encaminados a recuperar el control del territorio y buscar una finalización de la confrontación, donde las herramientas ofrecidas por la justicia transicional estuvieron presentes, con un ingrediente de responsabilidad de los actores, el cual no podría obviado.

Justamente, a partir de este momento se pueden distinguir procesos normativos para facilitar el diálogo y los pactos que pudieran darse con las organizaciones al margen de la ley. Con ese propósito fue expedida la Ley 418 de 1997<sup>527</sup>, norma que tenía como fin promover la reconciliación y convivencia pacífica, autorizando al gobierno para entablar diálogos, respetando el DIH, lo que permitió iniciar conversaciones con las FARC-EP, lo que se denominó “el proceso de paz del Caguán”, caracterizado por la desmilitarización de una zona del país, y que como se enunció en el Capítulo I, no llegó a concretarse, por el contrario, fomentó el fortalecimiento de este grupo guerrillero.

Posteriormente, mediante la Ley 782 de 2002<sup>528</sup>, se acogió un esquema de amnistías e indultos de los delitos políticos, para iniciar negociaciones con los grupos paramilitares. No obstante, por incumplimientos e improvisación de las partes, el proceso fracasó, lo que promovió la expedición de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, la cual contenía beneficios jurídicos con responsabilidad, los cuales merecen un análisis más profundo en líneas posteriores, fundamentalmente por las críticas que tuvo en cuanto al olvido que tuvieron los derechos de las víctimas, ya que el centro de esta norma eran los victimarios y se limitó al desmonte de los grupos paramilitares.

Luego de las experiencias vividas con el proceso de Justicia y Paz, el Estado procedió a la expedición de la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas, donde como se enunció en líneas anteriores no solo se reconoció la existencia de un conflicto armado interno, sino que cambió la óptica en relación la confrontación bélica, puesto que

---

<sup>527</sup> Congreso de la República. Diario Oficial 43201 del 26 de diciembre de 1997

<sup>528</sup> Congreso de la República. Diario Oficial 45043 del 23 de diciembre de 2002

por primera vez en la historia de Colombia el centro de los procesos de paz eran los perjudicados, otorgándoseles prerrogativas ajustadas a los estándares internacionales, sin importar quien fuera su victimario, ya sea paramilitar, guerrillero o agente del Estado, y fortaleciendo las instituciones públicas encargadas de materializar los derechos de las víctimas, sin dejar de lado los mecanismos para que los miembros de los grupos armados ilegales comprometidos con la paz puedan reintegrarse a la vida civil.

Después, mediante el Acto Legislativo 01 del 2012, denominado también Marco Jurídico Para la Paz, se incluyó en la Constitución Política la justicia transicional, lo que permitió al Estado utilizar herramientas de persecución penal de delitos contra Derechos Humanos y DIH realizados por los grupos al margen de la ley y agentes del Estado, abriendo las puertas a una negociación con las FARC-EP, con quienes a finales del año 2016 se suscribió un acuerdo, cuyas principales disposiciones se introdujeron en la regulación colombiana mediante los Actos Legislativos 01 y 02 de 2017. Adicionalmente, es importante poner de presente la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, quien ha sido garantista de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Todo este ordenamiento jurídico ha desarrollado instrumentos de justicia transicional para resolver coyunturas de violencia, algunas con mayor éxito que otras, pero se considera que el fin último siempre fue facilitar y consolidar el objetivo de llegar a la paz, protegiendo al mismo tiempo los derechos de las víctimas del conflicto armado interno. Por ello se hace necesario analizar los principales puntos relacionados con estos procesos de paz, distinguiendo los actores a quienes esta dirigido.

### **3.2.1.- El Proceso de Justicia y Paz.**

Si bien es cierto, en la historia del conflicto armado colombiano los grupos paramilitares han sido investidos con algún grado de legalidad, desde mediados de la década de los noventa, por la presión de la sociedad civil y las decisiones judiciales, el Estado se enfrentó a la posibilidad de iniciar los enjuiciamientos de los crímenes realizados por estos grupos.

Lo anterior llevó a que se hiciera necesario implementar una estructura que afronte las circunstancias propias de lo acontecido, se consideró que la Constitución Política permitía incluir medidas para la pacificación distintas a la sanción penal, y por ello se

impulsó un primer proyecto de ley encaminado a la negociación con los paramilitares (de la cual no se tiene conocimiento, en la medida que no fueron públicos), con el título de *Ley de Alternatividad Penal*<sup>529</sup>, el cual fue propuesto por el Gobierno al Legislativo en el año 2003, posterior a los pactos entre el Estado y las AUC denominados “Acuerdos de Santa Fe de Ralito” en dicho año, lo que condujo una reducción en las masacres y homicidios<sup>530</sup>.

Este Proyecto de Ley implicaba la concesión de amnistías a todos los actores armados que aceptaran desmovilizarse, se cimentaba en la idea restaurativa de que el castigo penal no contribuía e incluso podría convertirse en un obstáculo para lograr la reconciliación, es decir pretendía indirectamente una impunidad<sup>531</sup> y no se contemplaban ni garantizaban los derechos de las víctimas<sup>532</sup>. Por estas razones, y ante el gran cuestionamiento de la opinión pública, este proyecto fue rápidamente retirado<sup>533</sup>.

Los cuestionamientos principalmente se fundaban en que el Proyecto de Ley apuntaba hacia una impunidad, puesto que iba a ser aplicada a todos los actores armados, incluidos aquéllos que habían cometido infracciones del DIH y graves violaciones de los Derechos Humanos. Adicionalmente, no condicionaba los beneficios que concedía a la efectiva satisfacción de los derechos de las víctimas. Por lo anterior, el Gobierno lo reemplazó por otro que después se convirtió en la posteriormente en la Ley 975 de 2005, comúnmente denominada como la Ley de Justicia y Paz, la cual se constituye en una de las normas más importantes en materia de justicia transicional, puesto que bajo esta norma se postularon más de 4.000 efectivos y se desmovilizaron más de 30.000 miembros de las AUC.

El nuevo proyecto de ley implicó un cambio importante en el discurso del Gobierno, que pasó del rechazo absoluto del castigo penal y del silencio total sobre los derechos de las víctimas, a admitir la importancia de lograr un equilibrio entre las necesidades de paz y las

---

<sup>529</sup> Cfr. BOTERO, C. *Ley de alternatividad penal y justicia transicional: documento de recomendaciones*, Bogotá D.C.: Fundación Social-ICTJ/Fondo Editorial Cerec, 2004.

<sup>530</sup> Cfr. Informe de Colombia al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para el Examen Periódico Universal de 2008, doc. A/HRC/WG.6/3/COL/1 de 19 de septiembre de 2008, par. 25 y ss.

<sup>531</sup> Cfr. UPRIMNY YEPES, R. y SAFFÓN, M. P. *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia en Justicia y Paz, ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá D.C.: Ed. Intermedio, 2009. p. 176.

<sup>532</sup> Cfr. DE GAMBOA, C., *Las fórmulas de paz del gobierno con las AUC, una lectura desde el realismo político, en transiciones en contienda, disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la perspectiva comparada*. Bogotá D.C.: ICTJ, 2010. p. 60.

<sup>533</sup> Cfr. PALAU, N., *Trámite de la Ley de Justicia y Paz, elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político*. Bogotá D.C.: Fundación Social, 2006.

exigencias propias de justicia, adoptando políticas aplicadas en otros escenarios como el caso de Suráfrica<sup>534</sup>. Esto conllevó el reconocimiento de los derechos de las víctimas, la imposición de un castigo criminal muy condescendiente, pero no erradicado para los actores desmovilizados que han cometido atrocidades, y la exigencia de deberes mínimos en relación con la verdad y la reparación de las víctimas.

Los enjuiciamientos y la responsabilidad de los actores fue el principal enfoque de la Ley de Justicia y Paz, puesto que esta norma fue elaborada con el propósito que con el procedimiento instituido, se impongan sanciones al beneficiario, con un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en la legislación ordinaria, bajo la condición del cumplimiento de unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia, asegurando en todo caso la imposición de una pena.

Infortunadamente, las víctimas no participaron en el diseño de este procedimiento, lo que provocó que el mecanismo de justicia implementado tuviera esta como una de sus grandes críticas, en la medida que fue esbozado para favorecer a los victimarios puesto que no exigía para acceder a la alternatividad penal la confesión plena de todos los crímenes cometidos, sin involucrar a todos los actores del conflicto, generando soluciones fragmentarias y provocando que la Corte Constitucional en la Sentencia C – 370 de 2006 garantizara la satisfacción de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas, declarando varias normas de la Ley de Justicia y Paz inconstitucionales y en otras condicionándolas, desconociendo y negándoles el origen político de su alzamiento armado, a diferencia del trato que se les daba a las guerrillas, lo que para los líderes de las AUC fue calificado como una traición del gobierno<sup>535</sup>.

---

<sup>534</sup> Cfr. OROZCO, I., *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2009 p. 225.

<sup>535</sup> Al respecto, RONDEROS enuncia “Quizás los paramilitares confiaban en que, teniendo aliados en el Congreso, no sería problema conseguir una ley que en lo fundamental les cumpliera lo que les habían prometido desde el principio: penas leves y que estas no respondieran de cuánta verdad aportaban, o cuántos bienes entregaban”. RONDEROS, M. T. *Guerras recicladas. Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*. Óp. Cit. p. 369.

Tal como se enunció en otro espacio<sup>536</sup>, las principales características de esta norma se pueden resumir en primer lugar que los sujetos cobijados en este procedimiento son los grupos paramilitares<sup>537</sup>, esto condujo a que no se determinara la posibilidad de obtener un status político, teniendo en cuenta que estas organizaciones adolecían de esta condición aunque se permitían desmovilizaciones individuales de miembros de cualquier otro grupo armado al margen de la ley<sup>538</sup>.

En segundo lugar, las penas alternativas de privación de la libertad eran entre 5 y 8 años de prisión, sin tener en cuenta el crimen que se haya cometido<sup>539</sup>, cuya tasación se haría de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. En caso de incumplimiento de los compromisos adquiridos<sup>540</sup>, se perderían los beneficios y se aplicarían las sanciones de la justicia ordinaria<sup>541</sup>. Con base en lo anterior, las penas para el caso de Justicia y Paz contienen las características de alternativas, judiciales, condicionadas y que pueden revocarse<sup>542</sup>.

Bajo ese entendido no se dieron políticas de amnistías o indultos<sup>543</sup>, y en su lugar, se impuso la posibilidad de suspender la pena para que los sindicatos puedan contribuir con la

---

<sup>536</sup> Véase CISNEROS TRUJILLO, C. “Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional en Colombia” en *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 12, n° 2. 2018, pp. 1-32.

<sup>537</sup> En un principio se pensó que el número de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC desmovilizados iba a llegar a los 30.000. Entre los años 2011 a 2012 aumentó de 55.228 a 56.276, decisión que según los estudios ha sido motivada por cada uno de los combatientes, sin que medie una orden de superiores jerárquicos dentro del grupo ilegal. El número de postulados al proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz se cuenta con un total de 5.267 postulados al proceso penal especial de Justicia y Paz, lo que corresponde a menos del 10 por ciento del número total de desmovilizados registrados a dicha fecha.

<sup>538</sup> Ley 975 de 2005. Artículo 1.

<sup>539</sup> El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 intentó darle el tinte de delito político a la pertenencia a las AUC enunciando “Sedición. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: ‘También incurrirán en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión’”. No obstante, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 370 de 2006 lo declaró inexecutable por vicios de procedimiento en su formación.

<sup>540</sup> A diciembre de 2015 han sido excluidos más de 900 miembros, y remitidos sus asuntos a la jurisdicción ordinaria.

<sup>541</sup> Ley 975 de 2005. Artículo 29.

<sup>542</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 2006.

<sup>543</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C – 370 de 2006, expresó “Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca. No se dan pues en el presente caso los presupuestos que definen la amnistía ni el indulto”. Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 2006.



verdad<sup>544</sup>, es decir que todos los procesos terminarían con sentencia condenatoria, al punto que en un principio se pretendía juzgar todos los casos conocidos por este modelo de justicia<sup>545</sup>. Posteriormente, ante la evidente imposibilidad para atender este objetivo, se determinaron criterios de selección y priorización<sup>546</sup>, concentrando la investigación en los “máximos responsables”. Adicionalmente, la medida de extradición a los responsables de las graves violaciones de Derechos Humanos<sup>547</sup> se encuentra condicionada al cumplimiento de las obligaciones en materia de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición<sup>548</sup>.

En tercer lugar, las autoridades judiciales encargadas del conocimiento de estos procesos son exclusivamente nacionales, y no se crearon jurisdicciones especiales para que atendieran los asuntos correspondientes a Justicia y Paz<sup>549</sup>. Al respecto no se afectó la estructura de la Administración de Justicia, en la medida que solo se crearon la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz y los Tribunales Superiores de Justicia y Paz, adscritos a la jurisdicción ordinaria. Infortunadamente, la forma como se estructuró el proceso no contempló la eventualidad que se postularan el número de personas tan

---

<sup>544</sup> Ley 975 de 2005. Artículo 18A, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012

<sup>545</sup> Con posterioridad al trámite de postulación, el proceso penal inicia con una serie de audiencias, las cuales se denominan versión libre, donde se manifiestan los hechos en que ha participado el postulado y por parte de la Fiscalía General de la Nación, enuncia los delitos. De la cantidad de audiencias realizadas se puede concluir el cumplimiento de los requisitos de los postulados, es esclarecimiento de la verdad y la colaboración con la justicia. Al año 2012 el número de audiencias es de 256 por año, y concluye que partiendo de un universo de aproximadamente 50.000 desmovilizados, el desarrollo de estas audiencias terminaría en el año 2021, sin contar que el número de postulados aumente y si la capacidad institucional se mantiene como actualmente está, pues simplemente se produce un efecto y es la congestión del proceso. Adicional a lo anterior, el estudio muestra que el promedio de hechos constitutivos de victimización es de 12,7, y frente a la importancia que tiene que las víctimas conozcan esta situación, pues se debe propender por una mayor coordinación, con el propósito que la misma pueda participar y planificar la asistencia a las audiencias. Adicionalmente, la extensión de la responsabilidad a sujetos que no están en el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz denotó que a marzo de 2012 se han compulsado copias a la jurisdicción ordinaria de 15.669 compulsas, de las cuales 1.307 figuran contra políticos y 1.212 respecto de la Fuerza Pública.

<sup>546</sup> Ley 975 de 2005 Artículo 16A, adicionado por el artículo 13 de la Ley 1592 de 2012

<sup>547</sup> *Ibíd.* Artículo 46A, adicionado por el artículo 31 de la Ley 1592 de 2012

<sup>548</sup> Hasta diciembre de 2015, 29 de los 33 extraditados a los Estados Unidos de América, por el delito de tráfico ilegal de estupefacientes. De acuerdo con el estudio, ha existido una clara disminución de extradiciones, lo que ha generado una satisfacción de las expectativas de las víctimas, pues quienes fueron extraditados, en su gran mayoría comandantes paramilitares, con la extradición, se negaron a continuar en el proceso de justicia y paz.

<sup>549</sup> Ley 975 de 2005. Artículo 32, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1592 de 2012

desproporcionadamente como al final sucedió, superando la capacidad de los Tribunales constituidos para este efecto<sup>550</sup>.

No obstante lo anterior, y muy a pesar de las buenas intenciones del Gobierno, el objetivo buscado con la Ley de Justicia y Paz no se materializó y ha tenido muchas dificultades en su implementación<sup>551</sup>. Instituciones de carácter internacional como la Comisión IDH y la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, manifestaron su preocupación en el proceso de Justicia Transicional que se adelantaba en aquel momento en Colombia<sup>552</sup>.

A modo de ejemplo, las versiones libres que se realizaron no contenían los grados de verdad suficientes, y solo se llevaron a cabo para la obtención de las rebajas punitivas, generando confusión en las víctimas<sup>553</sup>, y unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia<sup>554</sup> que determinaron la “pertenencia” a las AUC como concierto para delinquir agravado, determinándolo como un crimen de lesa humanidad, generó inseguridad jurídica a los desmovilizados<sup>555</sup>.

Adicionalmente, la incapacidad del Estado de promover políticas de reinserción en la vida civil de los desmovilizados y las relaciones de estos grupos con el narcotráfico, provocó su división y fragmentación interna, al punto que muchos de sus integrantes continuaron desarrollando estas actividades y algunos de sus líderes fueron extraditados a

---

<sup>550</sup> Cfr COMISIÓN IDH., *Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al proceso de desmovilización de las AUC en Colombia, Compendio de documentos publicados (2004-2007)*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/INF. 2/07.

<sup>551</sup> Al respecto se puede consultar AMBOS, K. *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court. An Inductive, Situation-based Approach*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2010. p. 25-33.

<sup>552</sup> Cfr. COMISIÓN IDH. *Pronunciamiento de la comisión interamericana de derechos humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la República de Colombia*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06esp.htm>. Última visita 26 de abril de 2019.

<sup>553</sup> Cfr. SAFFON SANÍN, M. P. y UPRIMNY YEPES, R., “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”, en *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*, Óp. Cit., p. 145.

<sup>554</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 11 de julio del 2007. Rad. 26945 y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 10 de abril del 2008. Rad. 29472.

<sup>555</sup> Este problema se logró superar con la expedición de la Ley 1424 de 2010, a pesar que inicialmente la manera como Gobierno de entonces quería resolver esta dificultad era con la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de las AUC, mecanismo utilizado en el proceso penal ordinario, para lo cual se emitió la Ley 1312 de 2009, estrategia no se logró llevar a cabo, puesto que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C – 936 de 2010, declaró inexecutable esta norma.

los Estados Unidos de América<sup>556</sup>. Justamente entre los años 2008 a 2010 se produjo un rearme, bajo las denominadas BACRIM, lo que conllevó a que en los siguientes años incrementara su accionar delictivo al servicio del tráfico de narcóticos, sin abandonar la confrontación a las guerrillas por el control territorial, demostrando un fracaso del proceso de negociación<sup>557</sup>.

A su vez, las alianzas entre paramilitares y políticos, fenómeno denominado parapolítica, estalló como producto de las indagaciones al interior de Justicia y Paz, donde se tuvo que compulsar copias respecto a miembros de la Fuerza Pública y servidores públicos, lo que provocó una desconfianza de la sociedad civil ante la forma como se estaba desarrollando el proceso judicial, perdiendo legitimidad<sup>558</sup>, puesto que por medio de las versiones libres, se logró determinar la facilitación de recursos e información hacia los miembros de las AUC<sup>559</sup>.

Por su parte, el Centro Internacional para la Justicia Transicional – ICTJ, organización internacional especializada en justicia en periodos de transición, desde el año de 2006 empezó a asesorar a entidades nacionales y de la sociedad civil en la creación y aplicación de los mecanismos nacionales de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Por medio de la asistencia técnica a instituciones públicas que desarrollan mecanismos de justicia transicional, como la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Especiales de Justicia y Paz, la Fiscalía General de la Nación y el Centro Nacional de Memoria Histórica, basándose en la legislación nacional, el marco normativo internacional y la experiencia comparada, mostró su preocupación en el proceso de Justicia y Paz, principalmente en su libro *Tareas Pendientes: Propuesta para la Formulación de Políticas*

---

<sup>556</sup> Por esta razón y también para evitar que continuaran revelando la verdad de los hechos. Al respecto se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Grupos Armados Posdesmovilización (2006 - 2015). Trayectorias, rupturas y continuidades*, Óp. Cit. p. 57.

<sup>557</sup> Cfr. VILLARRAGA SARMIENTO, A., “Experiencias históricas recientes de reintegración de excombatientes en Colombia”, en *Revista Colombia Internacional*, núm. 77, Bogotá D.C., Ediciones Uniandes, 2013, p. 110. Al respecto también se puede consultar AMNISTÍA INTERNACIONAL., *Colombia Los paramilitares en Medellín: ¿desmovilización o legalización?* Óp. Cit. Y HUMAN RIGHTS WATCH, *Herederos de los Paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*, febrero de 2010.

<sup>558</sup> De acuerdo a lo informado por la Fiscalía General de la Nación, para el año 2017 se habían realizado más de 16.000 compulsas de copias.

<sup>559</sup> Al respecto se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Paramilitarismo. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, Óp. Cit. p. 97-118.

*Públicas de Reparación en Colombia*, donde se evidencia que la reparación de las víctimas de las graves violaciones a los Derechos Humanos en Colombia se encontraba inconclusa o cuando menos contenía muchos vacíos frente al actuar del Estado, principalmente en lo que respecta a la educación, rehabilitación física y psicológica, restitución de bienes y reparación colectiva.

Con toda la presión que debían afrontar los organismos judiciales, solo hasta el año 2009 se contó con la primera sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Caso de Alias “*El Loro*”<sup>560</sup>, la cual fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, ordenando que se realicen estudios y análisis del contexto del conflicto y del actuar de los grupos armados ilegales, más no de las conductas individuales de sus miembros como venía realizándolo la Fiscalía General de la Nación<sup>561</sup>.

Con posterioridad se han emitido otras sentencias, algunas definitivas y otras se encuentran en etapa de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de las que se puede destacar el Caso de Alias “*Diego Vecino*” y Alias “*Juancho Dique*”, por los hechos ocurridos en la masacre de Mapuján, y a quienes se les impuso la máxima pena de 8 años<sup>562</sup>; el Caso de Alias “*El Iguano*”, a quien de acuerdo a los delitos analizados se concluyó que se habían tratado de crímenes de lesa humanidad y violaciones al DIH<sup>563</sup>, siguiendo las ideas de la Corte Suprema de Justicia<sup>564</sup>, y el Caso de Alias “*El Alemán*”, a quien se le condenó por reclutamiento ilícito<sup>565</sup>.

---

<sup>560</sup> Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 19 de marzo de 2009. Rad. 11001600253200680526.

<sup>561</sup> En este pronunciamiento se enuncia “La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 31 de julio del 2009. Rad. 31539.

<sup>562</sup> Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 29 de junio de 2010. Rad. 11001600253200680077. Esta decisión fue revocada por la Corte Suprema de Justicia en lo que tiene que ver con la forma de reparación ordenada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de abril del 2011. Rad. 34547.

<sup>563</sup> Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 2 de diciembre de 2010. Rad. 11001600253200680281.

<sup>564</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 11 de marzo del 2010. Rad. 33301.

<sup>565</sup> Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 16 de diciembre de 2011. Rad. 110016000253200782701.

No obstante, ante la gran complejidad que demostró la aplicación del proceso de Justicia y Paz, y la incapacidad del Estado para enfrentar la gran avalancha de asuntos judiciales que se iniciaron, se dio la modificación del procedimiento mediante la Ley 1592 de 2012, incluyendo aspectos como los criterios de priorización y selección<sup>566</sup>, y que cambian trascendentalmente lo referente a la justicia en los procesos de negociación adelantados en Colombia, tal como se explicará en líneas posteriores.

Bajo esta idea la forma como se han decidido algunos de los procesos judiciales por la estructura paramilitar, y para el año 2017 se contaba con 55 sentencias<sup>567</sup>, y si se observa el gran universo de víctimas y hechos, estamos ante un resultado mínimo, en la medida que han pasado casi quince años desde la promulgación de este procedimiento y aunado a las limitaciones presupuestales, han ido deteriorado la confianza de las víctimas, quienes aun hoy ven lejanas las satisfacciones de sus expectativas.

A pesar de lo anterior, se debe destacar que el proceso de Justicia y Paz demostró varias conclusiones que han fortalecido la presencia de las víctimas y su importancia de cara a las políticas de Estado, puesto que se ha dado una importante participación en las jornadas que se llevan a cabo en los municipios y en las versiones libres<sup>568</sup>. Denotó la falta de recursos económicos, técnicos y administrativos, lo que llevó a modificaciones y atribuciones de competencia a entidades estatales que no tenían participación previamente

---

<sup>566</sup> La Corte Constitucional afirmó que, la adopción de criterios de priorización encaminados a organizar las investigaciones en escenarios de justicia transicional, no desconoce el deber internacional de realizar procesos penales de forma seria, imparcial y en un plazo razonable, en la medida que “la llamada ‘Ley de Justicia y Paz’ no previó la creación (de) una estrategia investigativa que le permitiera a la Fiscalía General de la Nación clasificar y reagrupar las numerosas conductas delictivas confesadas por los desmovilizados, empleando para ello herramientas de análisis criminal (vgr. cruce de variables criminales, georreferenciación, minería de datos, etc.) y patrones macrocriminales. Aquello condujo a: (i) que no existiera un orden lógico de presentación de los casos ante la judicatura, y por ende, a que las condenas contra los máximos responsables tardaran demasiado tiempo en ser proferidas; (ii) que crímenes de lesa humanidad y de guerra perpetrados de manera masiva o sistemática, fueran investigados con las metodologías tradicionales de los delitos ordinarios, esto es, caso a caso, y no en contexto; y (iii) que las primeras sentencias proferidas contra los desmovilizados no reflejaran las verdaderas dimensiones del fenómeno paramilitar en Colombia”. Corte Constitucional. Sentencia C – 694 de 2015. par. 8.1.2.1.

<sup>567</sup> De acuerdo a la información remitida por la Fiscalía General de la Nación estas sentencias cobijaron a un número de 262 postulados, 7072 hechos y 29.905 víctimas.

<sup>568</sup> La CIDH respecto a la participación de las víctimas expresa “(...) se ha constatado que las víctimas no escatiman esfuerzos para poder presenciar las versiones libres a pesar de que carecen de recursos para solventar los gastos requeridos”. COMISIÓN IDH. *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 3, de 2 de octubre de 2007. par. 26.

como la Defensoría del Pueblo o la creación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

Adicionalmente, la cantidad de delitos y desmovilizados concluyó a que le puedan abrir otros mecanismos a futuro como el establecimiento de criterios de priorización y selección o las Comisiones de la Verdad, que puedan complementar las instancias judiciales y que no habían sido considerados inicialmente.

Todos estos puntos, sirvieron para tratar de estructurar un mejor modelo de justicia transicional en el desarrollo del conflicto armado colombiano, fundamentalmente en lo que tiene que ver con las negociaciones de paz con los grupos guerrilleros que para aquel momento aun continuaban actuando en ciertos territorios del país. En cierto modo se podría afirmar que Colombia ha aprendido de sus propias equivocaciones, y ahora con las experiencias vividas se podría estructurar mejores herramientas para velar por los derechos de las víctimas y evitar a futuro nuevas graves violaciones a los Derechos Humanos.

### **3.2.2.- El Marco Jurídico para la Paz**

Para finales de la primera década del Siglo XXI, una vez realizada la negociación con los grupos paramilitares, en el panorama del conflicto armado colombiano quedaba su actor más antiguo, los grupos guerrilleros de las FARC-EP y el ELN. Por ello debía buscarse la forma de llegar a un acuerdo, teniendo en cuenta las experiencias vividas con la Ley de Justicia y Paz y poniendo en el centro a las víctimas.

Estas expresiones llevaron al Gobierno Nacional a promover un nuevo proyecto de ley, el cual se materializó con la Ley 1448 de 2011, norma sin precedentes en Colombia, no solo por el reconocimiento del conflicto armado interno como se enunció previamente, sino que con esta disposición se pretende volver una realidad los derechos consagrados para las víctimas en términos generales, y poderlo aplicar en futuros procesos de Justicia Transicional que se puedan desarrollar en Colombia<sup>569</sup>. Esta ley, mediante la constitución de medidas judiciales, administrativas y económicas se constituye en un instrumento que

---

<sup>569</sup> El artículo 1 de la Ley 1448 de 2011 expresa que esta norma tiene por objeto “(...) establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”.

tiene como propósito que las víctimas del conflicto armado colombiano cuenten con derechos a la verdad, justicia y reparación, sin importar quien sea su victimario, incluyéndose a los miembros de la Fuerza Pública.

Posteriormente, con esta idea de una salida negociada al conflicto con las guerrillas, se realizó en el año 2012 acercamientos con las FARC-EP<sup>570</sup>, para lo cual se requería un ordenamiento jurídico que generara posibilidades ante un Acuerdo Final. Por ello, el Acto Legislativo 01 de 2012 – Marco jurídico para la Paz se constituye en el principal mecanismo legal con que cuenta el Gobierno para lograr ponerle fin a los conflictos con los grupos ilegales en Colombia<sup>571</sup>, explicando los beneficios que podría otorgar el Estado y definiendo las garantías mínimas que no pueden ser obviadas en cualquier acuerdo que se quisiera adelantar. Esta norma que elevó directamente al rango constitucional la justicia transicional y es considerada como un elemento para alcanzar la paz, incluido expresamente en la Constitución Política<sup>572</sup>.

Como principales características del Marco Jurídico para la Paz, se encuentran que mediante la expedición de Leyes Estatutarias se buscará darle solución jurídica a los desmovilizados que pactaron con el Estado, autorizando al Congreso de la República emitir las normas correspondientes a la priorización y selección para que las investigaciones se concentren en los “máximos responsables”<sup>573</sup>, pudiendo adicionalmente darse la renuncia condicionada de la persecución judicial penal de casos no seleccionados; establece otras medidas de exclusión de la acción penal y otras alternativas a la prisión para los desmovilizados; ordena la creación de una Comisión de la Verdad; otorga a los miembros de la Fuerza Pública como actores del conflicto armado un trato diferenciado respecto a los

---

<sup>570</sup> Se divulgó el 26 de agosto de 2012 después de seis meses de negociación reservada. El acuerdo contaba con 6 puntos: Política de desarrollo agrario integral; participación política; fin del conflicto; solución al problema de drogas ilícitas; víctimas; y la implementación, verificación y refrendación.

<sup>571</sup> Esta norma fue cuestionada por las FARC-EP al considerarse que se trataba de un esfuerzo unilateral del Estado y que no contaba con su beneplácito, tal como se puede observar en Emil Foget, *FARC guerrilla leader rejects legal framework as peace talks resume with Colombia's govt*, Colombia Reports, agosto 12 de 2014. Disponible en: <https://colombiareports.com/farc-rejects-legal-framework-peace-talks-turn-victim-reparations/>

<sup>572</sup> Cfr. AMBOS, K. y ZULUAGA, J., “Justicia de transición y Constitución a manera de introducción” en *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Kai AMBOS (coord.), Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2014. pp. 1-17.

<sup>573</sup> Este punto fue analizado por la Corte Constitucional que mediante sentencia C – 579 de 2013 lo declaró exequible en el entendido que alcanzar la paz y garantizar los derechos humanos pueden ser ponderados y armonizados en procura de promover la justicia transicional. (punto 8.4.9, p. 383).

delitos ejecutados en función del servicio; y permite la caracterización de ciertos delitos, como aquellos cuya naturaleza se entiende como políticos, los cuales pueden ser susceptibles de amnistías, excluyendo la posibilidad que tengan dicho tratamiento aquellos crímenes de lesa humanidad y el genocidio<sup>574</sup>.

Todas estas medidas se aplicarán exclusivamente a quienes dejen las armas, reconozcan su responsabilidad, ayuden al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que aun se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley. En otras palabras, los beneficios se otorgan a aquellas personas que contribuyan efectivamente con la paz.

No obstante, estas ventajas generan ciertas dudas e inconformidades en la sociedad, puesto que permitía un tratamiento especial en materia penal a quienes adopten la decisión de desmovilizarse, razón por la que fue objeto de pronunciamientos principalmente para la Fiscalía de la CPI<sup>575</sup> y la Comisión IDH, quien puso de presente que

“(…) la Comisión observa con preocupación que el Marco Jurídico para la Paz contempla la posibilidad de renunciar a la investigación de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH que no sean seleccionados, circunstancia que llevaría a la impunidad. Tomando en consideración que el deber de investigar y juzgar casos de graves violaciones de derechos humanos es irrenunciable, la selección y ausencia de investigación de esos casos plantea incompatibilidades con las obligaciones internacionales del Estado”<sup>576</sup>.

A pesar de lo anterior, y aunque para algunos la introducción de estos mecanismos podrían vulnerar preceptos constitucionales como la igualdad o el Estado de Derecho en la medida que con esa reforma se está sustituyendo, y debían ser declarados inconstitucionales<sup>577</sup>, la Corte Constitucional en Sentencias C – 597 de 2013<sup>578</sup> y C – 577 de

---

<sup>574</sup> Cfr. TEITEL, R. “Transitional justice and the peace process in Colombia”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 247-281. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.

<sup>575</sup> La Fiscal Fatou Bensouda remitió dos cartas al Gobierno Colombiano y a la Corte Constitucional, respecto a los elementos principales del Marco Jurídico de la Paz. Dichos documentos se pueden consultar en [http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento\\_354436\\_20130817.pdf](http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento_354436_20130817.pdf) y [http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento\\_354581\\_20130817.pdf](http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento_354581_20130817.pdf)

<sup>576</sup> Comisión IDH. *Informe Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Óp. Cit. par. 354.

<sup>577</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, C. “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del Marco Jurídico para la Paz”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo



2014<sup>579</sup> consideró lo contrario, poniendo como principio superior el alcanzar una paz estable y duradera, desarrollando elementos que para efectos de este estudio resultan trascendentales.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 597 de 2013<sup>580</sup> consideró que el concentrarse en los máximos responsables promueve disolver las organizaciones macro criminales y revelar los patrones de vulneración de los Derechos Humanos, y también no hay una abstención en perseguir los crímenes más graves, es decir, los de guerra, genocidio y lesa humanidad<sup>581</sup>, a los que la legislación deberá dar prioridad en su trámite<sup>582</sup>, y lo que demuestra la observancia del compromiso internacional de sancionar y enjuiciar. Adicionalmente, la Corte expresó que exclusivamente los miembros de los grupos armados que contribuyan de manera eficiente en el esclarecimiento de la verdad podrán verse beneficiados de los preceptos de la justicia transicional.

En cuanto a la Sentencia C – 577 de 2014<sup>583</sup>, enunció que los crímenes de genocidio y lesa humanidad, no podrán ser considerados como delitos políticos. Contrario a lo que enunciaba el demandante, la Corte consideró que no incluir unas infracciones que no

---

y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 27-96. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016. p. 63.

<sup>578</sup> Un estudio profundo respecto a la Sentencia C – 597 de 2013 se puede consultar en AMBOS, K. (coord.), *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2014.

<sup>579</sup> Un estudio respecto a la Sentencia C – 577 de 2014 se puede consultar en AMBOS, K. y STEINER, C. (coord.), *Justicia de transición y Constitución II, análisis de la sentencia C- 577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2015.

<sup>580</sup> En este caso, el demandante consideró que la expresión “máximos responsables” iba en contra del deber del Estado de garantizar los Derechos Humanos, puesto que se debe aplicar de manera estricta el derecho penal en contra de las graves vulneraciones.

<sup>581</sup> Al respecto, la Corte Constitucional expresó “En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”. Corte Constitucional. Sentencia C – 597 de 2013. par. 9.6

<sup>582</sup> Incluso, la Corte Constitucional plantea que deberá “(...) priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. Corte Constitucional. Sentencia C – 597 de 2013. par. 9.6

<sup>583</sup> El demandante afirmaba que al no encontrarse los crímenes de guerra, el tráfico de estupefacientes y los actos de terrorismo en la lista de delitos que no pueden catalogarse como políticos, se estaba modificando la participación democrática consagrada en la Constitución Política.

pueden ser consideradas como políticos permite a futuro la participación política de quienes en algún momento se consideraban como victimarios, lo que fomenta la reconciliación<sup>584</sup>.

A modo de conclusión, el Marco Jurídico para la Paz permite la posibilidad de tener un régimen más flexible en lo que tiene que ver con los juzgamientos, poniendo de presente herramientas y criterios de imputación que previamente la jurisprudencia y regulación colombiana no había tenido en cuenta, los cuales han servido de fundamento para que se abone lo que tiene que ver con el Acuerdo Final suscrito con las FARC-EP y futuras negociaciones con el ELN, puntos que por su importancia y relación con el presente escrito deberán ser analizados con mayor profundidad en otros apartes.

No obstante, con el Marco Jurídico para la Paz se reconoce la obligación del Estado de investigar, sancionar y juzgar las graves violaciones de Derechos Humanos, concentrándose en los máximos responsables y estableciendo criterios de priorización y selección, en los crímenes internacionales.

### **3.2.3.- La Justicia Especial para la Paz**

Para el año 2015, las FARC-EP y el Gobierno revelarían la existencia de un preacuerdo dentro del proceso de paz<sup>585</sup>, el cual había iniciado en La Habana – Cuba a finales de 2012<sup>586</sup>, fundamentado en la búsqueda de superar las carencias que se habían evidenciado en acuerdos llevados a cabo previamente, principalmente en lo que tiene que ver con los derechos de las víctimas, por lo que se centró en seis puntos: política de desarrollo agrario integral; participación política; fin del conflicto; solución al problema de drogas ilícitas; víctimas; e implementación, verificación y refrendación<sup>587</sup>.

El 26 de julio de 2016 se suscribía entre estos actores un Acuerdo, el cual estaría sujeto a una aprobación por la sociedad colombiana mediante un plebiscito como

---

<sup>584</sup> Según la Corte Constitucional “No existe parámetro de naturaleza constitucional –ni derivado del texto de la Constitución, ni de algún cuerpo normativo que integre el bloque de constitucionalidad- que limite la libertad de configuración del poder constituyente constituido al momento de determinar qué delitos son conexos al delito político, para los precisos efectos de permitir la participación en política de quienes sean condenados por la realización de estas conductas”. Corte Constitucional. Sentencia C – 577 de 2014. par. 8.2.

<sup>585</sup> Justo en la misma fecha, el Fiscal General de la Nación del momento expresaba que los miembros de las FARC-EP serían responsables de unos 38.000 crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, por los que eran investigados en aquel entonces 16.000 de sus miembros, incluidos los principales líderes de esa guerrilla.

<sup>586</sup> Autorizado mediante Resolución 339 de 19 de septiembre de 2012.

<sup>587</sup> Respecto a la forma como se llegó a este acuerdo de paz, se puede consultar BARBOSA, F. *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*. Bogotá D.C.: Ediciones B, 2017. p. 69-78.

mecanismo de participación<sup>588</sup>, el cual se celebró el 2 de octubre del mismo año, arrojando una victoria con un margen muy corto por parte de quienes se oponían a lo negociado<sup>589</sup>, resultado que no obligaba sino exclusivamente al Gobierno, más no a las demás ramas del poder público<sup>590</sup>, lo que llevó a que las partes volvieran a retomar algunos puntos, surgiendo el 24 de noviembre el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejército del pueblo – FARC EP<sup>591</sup>, el cual se funda como una política pública, que deberá cumplirse de buena fe<sup>592</sup>, refrendado por el Congreso de la República mediante la Ley 1820 de 2016<sup>593</sup>.

Este Acuerdo contiene, siguiendo las afirmaciones de FERNÁNDEZ LIESA, una naturaleza jurídica con importancia para el derecho interno y para el derecho internacional<sup>594</sup>. En ese sentido, el Estado se comprometió a asumir la obligatoriedad del Acuerdo de Paz, es decir, cumplir con lo establecido en el mismo. En segundo lugar, ese pacto se internacionalizó en el momento en que se estableció el depósito posterior a sus suscripción en el Consejo Federal suizo como depositario de las Convenciones de Ginebra, sin que se considere en sentido estricto como un tratado. Y por último, forma parte del bloque de constitucionalidad, salvo que introduzca elementos contrarios al DIH y al DD.HH.

Conforme a lo anterior, algunos de los puntos pactados no requerían de incorporación por tratarse de normas humanitarias que se aplican de forma directa,

---

<sup>588</sup> Al respecto se puede consultar BARBOSA, F. *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*. Óp. Cit. p. 79-101.

<sup>589</sup> Un estudio respecto a las razones por las cuales se dio este fenómeno político se puede consultar BASSET, Y. “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”. En *Estudios Políticos (Universidad de Antioquia)*, No. 52, enero-Junio de 2018, pp. 241-265. <http://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>

<sup>590</sup> Así lo enuncia la Corte Constitucional en Sentencia C – 379 de 2016.

<sup>591</sup> Este acuerdo tiene una naturaleza jurídica internacional, derivada del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, no obstante, no le otorga ninguna calidad especial a las FARC-EP, en el entendido que la aplicación del DIH no modifica el estatus jurídico de las partes.

<sup>592</sup> En ese sentido se pronuncia la Corte Constitucional en las Sentencias C – 630 de 2017 y 112 de 2019.

<sup>593</sup> La Corte Constitucional consideró que la refrendación popular que ponga en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2016 podría ser directa, por intermedio de la población en general, o indirecta, mediante la decisión libre y deliberativa del órgano de autoridad democrática, que para el caso colombiano es el Congreso de la República. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 699 de 2016.

<sup>594</sup> FERNÁNDEZ LIESA, C. “El derecho internacional en el Acuerdo de Paz”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017. p. 44 y ss.

conforme al artículo 93 de la Constitución Política, donde se consagra el Bloque de Constitucionalidad, tal como se afirmó en líneas previas. Otros aspectos negociados han sido introducidos en la regulación colombiana mediante el proceso de implementación<sup>595</sup>, donde para efectos del presente escrito se da prioridad al “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, creado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, bajo una idea de justicia restaurativa y prospectiva, donde se incluyen mecanismos judiciales como la Jurisdicción Especial para la Paz, y extrajudiciales como la Comisión de la Verdad. Lo relevante es entender que el Estado colombiano ha buscado ponerle fin a un conflicto armado de más de cincuenta años, y las herramientas de justicia transicional se convierten en la forma más idónea para obtener este objetivo, las cuales se encuentran conformes y son compatibles con los estándares de Derecho Internacional y no se desconoce la Constitución Política de 1991.

Ahora, respecto a los enjuiciamientos en el marco de la negociación de paz con las FARC-EP (organización que se convirtió en partido político), se formuló como modelo la creación de un sistema judicial especial y dedicado a cumplir con los estándares relacionados con el derecho a la justicia o *ius puniendi*, en cabeza de un órgano jurisdiccional denominado Jurisdicción Especial para la Paz (desde ahora JEP)<sup>596</sup>, que se diseña para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH<sup>597</sup> cometidos en el territorio colombiano por los máximos responsables, atendiendo la macrocriminalidad aplicando

---

<sup>595</sup> Para este efecto se expidió el Acto Legislativo 01 de 2016, donde se creaba un procedimiento rápido conocido como “fast track”, dentro del que se otorgaban facultades al Jefe de Estado para implementar los acuerdos. Esta norma fue declarada constitucional por la Corte Constitucional en Sentencia C – 699 de 2016.

<sup>596</sup> Este sistema de justicia está compuesto por 65 jueces. La forma de escogencia de sus jueces fue reglamentada mediante Decreto – Ley 587 de 2017. La JEP inicialmente contemplaba la posibilidad de que juristas extranjeros puedan intervenir al interior del proceso a petición de los acusados a modo de *amicus curiae* (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 7, par. 2.). La Corte Constitucional mediante Sentencia C – 674 de 2017 manifestó que la participación de juristas extranjeros constituye una regulación contraria a los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que rigen la administración de justicia y a las garantías que los materializan, puesto que confiere una competencia para incidir en el trámite de adopción de decisiones de la JEP a juristas extranjeros que no son responsables en modo alguno de sus decisiones, de tal manera que declaró inconstitucional las expresiones contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo transitorio 7 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017.

<sup>597</sup> Los objetivos de la JEP están definidos en el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, los cuales son “(...) satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas”

criterios de selección y priorización de casos<sup>598</sup>, para lo cual contará con unos organismos<sup>599</sup> que se ocuparán exclusivamente y de manera transitoria (por un plazo de quince años, diez de investigación y cinco para culminar la etapa de juzgamiento<sup>600</sup>) de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, lo que implica la no sustitución de la jurisdicción ordinaria<sup>601</sup>, basándose en fuentes de derecho penal nacional e internacional, bajo un modelo de justicia restaurativa, con objetivos preventivos y disuasorios.

Para ello se prevén medidas punitivas especiales, penas reducidas y sanciones alternativas para los casos mas representativos y graves del conflicto, así como conceder amnistías por delitos políticos y conexos, y la garantía de no extradición para quienes se sometan a la JEP. Lo anterior, siempre poniendo en el centro del debate a las víctimas, fundamentalmente aquellas poblaciones que históricamente han sido discriminadas como son los afrodescendientes, pueblos indígenas, desplazados, entre otros. Se procederá en las siguientes líneas a esbozar los aspectos más relevantes de manera general, reservándose los puntos específicos en cuanto a la forma en que se aplicará la responsabilidad en otro aparte de este escrito.

El Acto Legislativo 01 de 2017 establece que la JEP cuenta con una competencia prevalente en las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado<sup>602</sup>. Lo cuestionable en este caso es que la JEP podrá anular o extinguir la responsabilidad o sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas cometidas

---

<sup>598</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 7, par. 1. En ese sentido de pronuncia la Corte Constitucional afirmando que se debe centrar la investigación en algunos casos teniendo en cuenta la “(...) imposibilidad de tener una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos”. Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013, par. 8.2.2.

<sup>599</sup> Dentro de los organismos se encuentran: a) Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; b) Sala de Amnistía e Indultos; c) Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; d) Unidad de Investigación y Acusación; y e) Tribunal para la Paz.

<sup>600</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 15. La Corte Constitucional en Sentencia C – 674 de 2017 estableció que este término podrá ser prorrogado con un máximo de veinte años y mediante ley estatutaria.

<sup>601</sup> Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 129.

<sup>602</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 6. Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 674 de 2017. Artículo 36 de la Ley Estatutaria de la JEP, salvo el aparte “en el acuerdo final” l cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 080 de 2018.

con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado<sup>603</sup>.

Este aspecto puede afectar principios de índole constitucional como son la cosa juzgada y la seguridad jurídica, expectativas que ya se consolidaron en cabeza de las víctimas, puesto que es notorio que tienen un derecho y es el Estado bajo el fundamento del principio de seguridad jurídica que debe impedir incertidumbres frente a la regulación a la que se van a someter. Por ello algunos puntos fueron corregidos como la competencia en la selección de acciones de tutelas<sup>604</sup> o la potestad de revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia de sus sentencias condenatorias<sup>605</sup>.

En cuanto a la competencia personal, se encuentran cobijados dentro de la JEP todos los actores del conflicto, miembros de la Fuerza Pública (con un tratamiento especial y equilibrado), miembros de los grupos armados ilegales que hayan negociado la paz como las FARC-EP, u otros grupos que lleguen a acuerdos de paz como podría ser el caso del ELN, incluso civiles<sup>606</sup>. Este es un punto que puede generar muchas críticas, porque terceros pueden ser sujetos de sanción, de conformidad con el artículo 16 del Acto Legislativo<sup>607</sup>, en el caso de que su participación haya sido determinante para la realización de crímenes graves.

Como se ha enunciado, en el caso del conflicto armado de Colombia, se evidenció situaciones de extorciones a empresarios y el pago de rescates por secuestros, dineros con los que se financió y se dio la sostenibilidad económica de los grupos al margen de ley, de

---

<sup>603</sup> Ley 1820 de 2016. Artículo 7.

<sup>604</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017.

<sup>605</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 10. Ley Estatutaria de la JEP. Artículo 97 Literal c).

<sup>606</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 16.

<sup>607</sup> El artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 enuncia “Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición. Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el ECPI. Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados”.

tal manera que es importante determinar la competencia personal de la JEP en aquellas conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, en circunstancias como estas<sup>608</sup>. En este caso, se solucionó mediante la posibilidad de acudir a la JEP de manera voluntaria, y así recibir el tratamiento especial que se determinen, siempre y cuando cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición<sup>609</sup>.

El resarcimiento de las víctimas es el punto de partida del sistema de justicia diseñado en el Acuerdo Final con las FARC-EP<sup>610</sup>, de tal manera que este componente se aplicará en dos procedimientos, por un lado, en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad; y por otro en situación de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad. Este punto es importante a efectos de la imposición de las sanciones, puesto que el modelo establecido en Colombia, está basado en el intercambio, es decir, en la concesión de beneficios penales a quienes sean responsables de las violaciones a Derechos Humanos, a contra prestación de su colaboración en la reconstrucción de la verdad sobre los hechos y reparación de las víctimas.

En esta medida, las sanciones que se imponga a quienes se sometan a competencia de la JEP implican restricción de derechos y libertades de cinco a ocho años por reconocimiento temprano, en el caso de las propias; sanciones alternativas, privativas de la libertad de cinco a ocho años, en el caso de reconocimiento tardío; y las sanciones ordinarias, en aquellos casos donde no se reconozca la verdad, ello implicaría cárcel de quince a veinte años<sup>611</sup>. Las condenas se impondrán teniendo en cuenta el grado de verdad

---

<sup>608</sup> Este punto es aclarado en el artículo 63 del Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017 – Senado de la República y 016 de 2017 – Cámara de Representantes “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. La Corte Constitucional declaró constitucional este punto mediante Sentencia C – 080 de 2018.

<sup>609</sup> Cfr. Artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 2017. En el mismo sentido se pronuncia la Corte Constitucional en Sentencia C – 674 de 2017 y C – 080 de 2018.

<sup>610</sup> La participación de las víctimas en el proceso de negociación en lo que respecta con la JEP fue activo y presentaron propuestas en la Mesa de negociación mediante 2 foros nacionales y 4 regionales. Probablemente se pudo haber realizado mayores esfuerzos focalizando las circunstancias individuales y propias de ciertos grupos poblacionales como los pueblos indígenas o los afrodescendientes, pero ante las experiencias vividas con el procedimiento de Justicia y Paz, las situaciones que dificultaron el desarrollo de este derecho con toda seguridad se encontraban esclarecidas, y la escogencia de los magistrados de la JEP denotó una mayor participación de las víctimas y personas que tienen la voluntad de aportar. Al respecto se puede observar: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-experimento-de-la-jep-y-sus-mecanismos-innovadores-para-escoger-magistrados-articulo-715736>. Última visita el 29 de mayo de 2019.

<sup>611</sup> Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo 13 transitorio.

aportado por la persona, la gravedad de la conducta, el nivel de responsabilidad y participación, y el compromiso que se adquiriera en materia de reparación y garantías de no repetición<sup>612</sup>. Así se encuentra una combinación entre sanciones retributivas clásicas, es decir, penas de cárcel en ciertos casos, con sanciones restauradoras, como el cumplimiento de labores de desminado, construcción de infraestructura o reparación directa a las víctimas. Lo anterior denota que aunque no existan grandes castigos carcelarios, concurre un elemento de reparación a las víctimas inmerso, elemento innovador y que favorece el avance hacia la solución del conflicto<sup>613</sup>.

Ahora, en cuanto a la competencia material, la JEP conoce de aquellos crímenes cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado<sup>614</sup>, sean delitos comunes, políticos o conexos a este. Este punto es trascendental para determinar como se impondrán las penas y la forma en que se desarrollarán los enjuiciamientos.

El Acuerdo Final con las FARC-EP distingue la forma de las penas dependiendo si se trata de delitos políticos (rebelión, sedición, asonada, porte ilegal de armas, muertes en combates compatibles con el DIH y el concierto para delinquir con fines de rebelión)<sup>615</sup>, y los criterios para determinar la conexidad de otros delitos que pueden ser objeto de amnistías<sup>616</sup>, teniendo en cuenta que dentro del pacto de finalización del conflicto se determinó que el Estado puede otorgar las amnistías (ya sean *de iure* o por la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP) más amplias posibles para los ex combatientes, lo que no exime el deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad y del grado de aporte voluntario de cada persona o colectivo estará en relación con el

---

<sup>612</sup> Vid. SUAREZ ALDANA, C. “La jurisdicción especial para la paz a la luz de la jurisprudencia internacional”. En *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Alicia Gil Gil, Elena Maculan y Susana Ferreira (Ed.), Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2017, pp. 115-144, p. 135.

<sup>613</sup> Cfr. OROZCO, J. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2009. p. 133.

<sup>614</sup> Artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo 62 del Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017 – Senado de la República y 016 de 2017 – Cámara de Representantes “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. La Corte Constitucional declaró constitucional este punto mediante Sentencia C – 080 de 2018.

<sup>615</sup> Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 150.

<sup>616</sup> *Ibid.* p. 151.



tratamiento a recibir en el componente de justicia<sup>617</sup>. En cuanto a los agentes del Estado, técnicamente no podrían ser objeto de las medidas de amnistía e indulto, se optó por otorgárseles la cesación de la persecución, extinguiendo la sanción y la acción penal<sup>618</sup>.

Otro trato se le da a los delitos o crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra donde se impide amnistiar<sup>619</sup> o cesar el procedimiento<sup>620</sup> en este tipo de conductas, apartándose de otras experiencias internacionales, y cumpliendo con los estándares impuestos en el ECPI y la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, inicialmente a estos últimos se les impuso la catalogación de “graves”<sup>621</sup>, y era la Sala de Amnistía e Indultos del Tribunal de la JEP quien determinaría estas situaciones<sup>622</sup>, lo que se consideraba que podría forjar espacios de impunidad, toda vez que generaría un grado de subjetividad al momento de calificar la conducta y provocaría en cierto modo arbitrariedad<sup>623</sup>, situación que fue excluida por la Corte Constitucional en Sentencia C – 007 de 2018, en el entendido que en el DIH ha considerado que estas infracciones son *per se* graves<sup>624</sup>.

En cuanto a la medida de extradición<sup>625</sup> para integrantes de las FARC-EP o para personas acusadas a pertenecer a este grupo ilegal<sup>626</sup>, se establece como garantía la prohibición de aplicarse esta situación a delitos amnistiables o no amnistiables relacionados con el conflicto en hechos desarrollados con anterioridad a la adopción del acuerdo, es

---

<sup>617</sup> Estos temas fueron desarrollados por la Ley 1820 de 2016 en los artículos 15, 16 y 23. Infortunadamente, esta norma no define la pertenencia a una organización rebelde, lo que ha permitido que ciertas personas sean incluidas sin tener derecho a este beneficio.

<sup>618</sup> Ley 1820 de 2016. artículos 42 y siguientes. Estas normas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C – 007 de 2018.

<sup>619</sup> Ley 1820 de 2016. Artículo 23. Par.

<sup>620</sup> Ley 1820 de 2016. Artículo 46.

<sup>621</sup> Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 151. par. 40.

<sup>622</sup> Ley 1820 de 2016. Artículo 23.

<sup>623</sup> Vid. CISNEROS TRUJILLO, C. “Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional en Colombia” *Óp. Cit.*

<sup>624</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 007 de 2018. par. 512 y ss.

<sup>625</sup> El artículo 35 de la Constitución Política expresa “La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. (...)La extradición no procederá por delitos políticos”.

<sup>626</sup> Incluso extendida para aquellos familiares que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los miembros de la organización.

decir el 1 de diciembre de 2016<sup>627</sup>, entendiendo que emplear esta herramienta no otorga seguridad jurídica a los excombatientes<sup>628</sup> lo que podría afectar la consecución de una paz estable y duradera<sup>629</sup>, los derechos de las víctimas y fomentar la impunidad, tal como sucedió en el caso de Justicia y Paz con los máximos líderes paramilitares, quienes fueron extraditados a los Estados Unidos de América por el delito de narcotráfico. Por lo anterior, se privilegió el juzgamiento de las conductas relacionadas con violaciones a los Derechos Humanos y el DIH, frente a otros crímenes como el tráfico de estupefacientes<sup>630</sup>.

La solicitud será analizada por la JEP (ya no interviene la Corte Suprema de Justicia)<sup>631</sup>, organismo que se encargará de definir si es procedente o no conforme a las reglas impuestas en el artículo 19 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, es decir, deberá evaluar la conducta atribuida, determinar la fecha precisa en que se realizó y decidir el procedimiento adecuado, pudiendo solicitar las pruebas que dentro de su competencia considere necesarias para adoptar una decisión<sup>632</sup>.

La dificultad se ha dado en la aplicación, fundamentalmente ante hechos que han sucedido con posterioridad al Acuerdo Final, donde la solicitud de extradición más conocida es la del *Caso Santrich*, ex miembro del Secretariado de las FARC-EP, quien presuntamente se encontraba traficando narcóticos. Una vez analizado el asunto, y revisado el material probatorio, no se contó con la claridad suficiente para considerar la fecha exacta en que este excombatiente haya cometido ese delito, por ello la Sala de Revisión del Tribunal de Paz de la JEP, concedió la garantía de no extradición<sup>633</sup>.

---

<sup>627</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 19.

<sup>628</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 080 de 2018, par. 4.1.7.5.

<sup>629</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 112 de 2019, par. 70.

<sup>630</sup> Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal Para la Paz. Sección de Revisión. Pronunciamento del 15 de mayo de 2019. Rad. 60-000053-2018, par. 158.

<sup>631</sup> En ese sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de mayo de 2018. Rad. No. 51.134.

<sup>632</sup> Cfr. Corte Constitucional. Auto 401 de 2018 y Sentencia C – 080 de 2018. No obstante, el artículo 54 de la Ley 1922 de 2018 prohibía la práctica de pruebas en este tipo de procedimientos, la Sección de Revisión del Tribunal de Paz de la JEP aplicó la figura de “excepción de inconstitucionalidad” en el *Caso Santrich*, en el entendido que esta norma era contraria al Acto Legislativo 01 de 2017. Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia C – 112 de 2019 declaró inexecutable la expresión “no” de este artículo, permitiendo que se puedan practicar pruebas.

<sup>633</sup> Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal Para la Paz. Sección de Revisión. Pronunciamento del 15 de mayo de 2019. Rad. 60-000053-2018. Esta decisión contó con dos salvamentos de voto.

Este punto se constituye en un antecedente importante frente a otros casos, puesto que deberá la JEP analizar de manera minuciosa si se acogen dentro de su orbita de competencia personas que no tendrían derecho a que les sea atribuida la garantía de no extradición, quienes hayan cometido principalmente el delito de tráfico de estupefacientes, lo que en cierta medida podría afectar la cooperación judicial internacional.

No obstante, se deja claro que cualquier nuevo acto delictivo, sea político, conexo a este o común cometido con posterioridad a la dejación de armas será de conocimiento de la jurisdicción ordinaria<sup>634</sup>, lo que permitiría la extradición pero para quienes han continuado delinquir, salvo los delitos permanentes cuya comisión hubiere comenzado con anterioridad al Acuerdo Final continuarán bajo la competencia de la JEP, aun cuando con posterioridad a esa fecha no hayan cesado sus efectos, tal como se enuncia en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017<sup>635</sup>.

En lo que tiene que ver con la participación en política, este modelo de justicia transicional establece que la imposición de sanciones en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y en especial de la JEP, no inhabilita a la participación en política<sup>636</sup>, y para los excombatientes se suspenderán las sanciones impuestas por la jurisdicción ordinaria, hasta que sean tratadas por la JEP<sup>637</sup>. Sobre este punto, DORADO PORRAS expresa

“(…) el hecho de que en algunos supuestos ‘no se pague cárcel’ no parece ser motivo suficiente para defender que el Acuerdo genera impunidad. Este último concepto no debe entenderse como la ausencia de castigo penal ordinario – que ya de por sí plantea serias dudas cuando se aplica a la Justicia Transicional –, sino que se debe conectar también con las dimensiones de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición”<sup>638</sup>.

Se considera que la posibilidad de participación en política es un aspecto importante para que los miembros de los grupos ilegales se reincorporen a la vida pública, por ello es

---

<sup>634</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5, par. 3.

<sup>635</sup> Esta disposición fue declarada constitucional por la Corte Constitucional en Sentencia C – 674 de 2017.

<sup>636</sup> Así lo determina el artículo transitorio 20 del Acto Legislativo 01 de 2017, en el siguiente sentido “La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política”.

<sup>637</sup> Acto Legislativo 01 de 2017. Parágrafo del Artículo transitorio 20.

<sup>638</sup> DORADO PORRAS, J. “Algunas consideraciones entorno a la jurisdicción especial para la paz: amnistía y castigo de las graves violaciones a Derechos Humanos”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017. p. 376.

justificable que se constituya una excepción a la regla de inhabilidad para ejercer un cargo público para quien tenga una condena por delitos diferentes a los políticos o culposos. No obstante, esta disposición debe articularse con el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al DIH. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó que la JEP tendrá que establecer si el cumplimiento de la pena puede ejercerse simultáneamente con el ejercicio de los distintos derechos de participación política, asegurando los derechos de las víctimas<sup>639</sup>, garantizando la efectividad de las penas<sup>640</sup>, lo cual se encuentra reglamentado en el artículo 31 de la Ley Estatutaria de la JEP<sup>641</sup>.

Como se puede observar, la justicia transicional establecido en la JEP ha suscitado debates y es un gran desafío para el Estado, en cuanto a su puesta en funcionamiento y aún hay aspectos que no están del todo claras que es importante aclarar y definir, poniendo de presente siempre los derechos de las víctimas y los intereses del Estado, puesto que la actitud del Gobierno de la época fue protector de lo pactado y de los perpetradores, así ello comprometa eventuales circunstancias de impunidad y fracasos del proceso. Por lo anterior es importante que en la aplicación de la regulación, sea en estricto derecho y se corrijan y encausen los aspectos complejos descritos anteriormente y así obtener unos mejores resultados y satisfacer los derechos de las víctimas.

Otro punto que debe tenerse en cuenta son los mecanismos para volver más efectiva la función desempeñada por la JEP en el cumplimiento de sus competencias. A la fecha se han iniciado pocos casos en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas<sup>642</sup>; se han presentado un gran número de solicitudes de acogimiento a la JEP, lo cual ha desbordado la capacidad institucional, al punto que ya se evidencia una congestión judicial; entre otras dificultades que pueden generar problemas a futuro.

---

<sup>639</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017.

<sup>640</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 577 de 2017.

<sup>641</sup> Declarado constitucional por la Corte Constitucional. Sentencia C – 080 de 2018.

<sup>642</sup> La relación de casos, que a la fecha son siete se puede consultar en <https://www.jep.gov.co/Relatoria/Forms/AllItems.aspx?ootFolder=/Relatoria/Sala%20de%20Reconocimiento%20de%20Verdad%2c%20de%20Responsabilidad%20y%20de%20Determinaci%C3%B3n%20de%20los%20Hechos%20y%20Conductas/Casos&FolderCTID=0x0120005C6D0E9D3FA5D945BED416AF1CCFB401&View=%7b1D966A23-8062-484C-9D77-9B7AE4C2D128%7d>. Última visita 31 de mayo de 2019.

### 3.3.- El concepto de víctima en los procesos de justicia transicional en Colombia.

Previo a determinar la consagración de los derechos de las víctimas en el ordenamiento jurídico colombiano, es necesario expresar que su concepto ha ido evolucionando con el paso del tiempo, fundamentalmente en el Derecho Internacional. Justamente, como manifiesta VACAS FERNÁNDEZ

“(…) el concepto de víctima ha ido ganando importancia a medida que su propio estatuto jurídico se iba configurando con mayor claridad. En efecto, fue en 1985 cuando por primera vez se abordó el concepto de víctima en un texto internacional de alcance universal, a través de la ya citada resolución de la Asamblea General que contiene la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder”<sup>643</sup>.

Posteriormente, la Asamblea General en la Resolución 60/147 publicada el 21 de marzo de 2006, adopta los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones, y enuncia que

“(…) se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”<sup>644</sup>.

Por último, la CPI también ha determinado un concepto de víctima mucho más amplio, considerando

---

<sup>643</sup> *Ibíd.* p. 550. Esta norma expresa “Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”, extendiendo el concepto a “los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”. ONU. Resolución A/RES/40/34 *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, aprobada el 29 de noviembre de 1985, par 1 y 2.

<sup>644</sup> Resolución A/RES/60/147, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobada el 21 de marzo de 2006, par 8.

“Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por ‘víctimas’ se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”<sup>645</sup>.

Estas definiciones han tenido una incidencia en la regulación colombiana, generando como consecuencia la protección de la víctima a través de distintos mecanismos legales, no sólo por la importancia que ha obtenido a nivel internacional, sino por la elevación que han obtenido en cuanto a la exigencia de sus derechos dentro del proceso frente al Estado, al tratarse de atribuciones que tienen aplicación inmediata en el derecho interno<sup>646</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional inició con pronunciamientos en la Sentencia C – 293 de 1995 y posteriormente la Sentencia C – 277 de 1998 donde muy tíbiamente desarrolla los derechos de las víctimas, estableciendo que contienen un derecho a la reparación y permitiéndoles exclusivamente acudir como parte civil en los procesos penales<sup>647</sup>. Posteriormente, la posición cambió radicalmente con la Sentencia SU – 1184 de 2001 reconoce que no solo tienen derecho a una reparación económica, sino también a la verdad y a la justicia, razón por la cual tienen la calidad de “intervinientes en el proceso penal”, esto modificó sustancialmente la importancia del perjudicado y conllevó a que incluyera en la regulación, aún más en el rango constitucional, pero todo se vio reforzado en la sentencia C – 228 de 2002 debido a que se analizó como función de la Fiscalía General de la Nación la protección de los derechos de las víctimas, que constitucionalmente se habían consagrado como la verdad, justicia y reparación.

---

<sup>645</sup> *Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional* ICC-ASP/1/3, de 3 a 10 de septiembre de 2002.

<sup>646</sup> Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en las sentencias T – 572 de 26 de octubre 1992, C – 225 de 18 de mayo de 1995 y C – 251 de 11 de abril 2002. También se puede consultar RAMÍREZ QUESADA, S. “la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, pp 147-177.

<sup>647</sup> La mentada Corporación intenta explicar algunos derechos de la “parte civil”, puesto que afirma que la víctima dentro del proceso penal sólo tiene intereses de carácter pecuniario dentro del proceso penal. Pero, el Salvamento de Voto de la Sentencia C – 293 de 1995 considera que las víctimas tienen derechos a la justicia, verdad y reparación.

Todo el desarrollo jurisprudencial anterior, llevó a que la Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz, en su artículo 5 estableciera una definición de víctima, en el caso de aquellas personas que hayan sufrido vulneraciones en sus derechos, con consecuencias tanto económicas como emocionales, ampliándose a un grado determinado de parentesco, ya sea por consanguinidad o por afinidad. Incluso se cataloga a los miembros de la Fuerza Pública como perjudicados, en caso de tener un menoscabo en sus derechos. Cabe anotar, que esta norma fue declarada constitucional condicionadamente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 370 de 2006, en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como resultado de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.

Posteriormente, la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas, establece en su artículo 3 un concepto de víctima mucho más amplio que lo plasmado anteriormente, puesto que incluye dentro de este colectivo a todas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985<sup>648</sup>, como consecuencia de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, incluyendo sus parientes más cercanos, y dicha calidad se adquiere con independencia de que el autor de la conducta punible sea procesado.

Por otro lado el artículo 2 de la Ley 1592 de 2012<sup>649</sup>, modifica el artículo 5 de la Ley 975 de 2005, y acerca el concepto a los establecido en la Ley 1448 de 2011, procurando unificar los criterios de este concepto.

Ante la posibilidad de lograr acuerdos de paz, mediante el Acto Legislativo 01 de 2012 – Marco Jurídico para la Paz, se elevó al rango constitucional la posibilidad de establecer mecanismos de justicia transicional, que comportan la naturaleza y noción de las víctimas dentro de la regulación colombiana, dándoles la importancia que corresponde en desarrollo de los estándares internacionales impuestos por la jurisprudencia de la CIDH y en procura de lograr una paz estable y duradera.

---

<sup>648</sup> Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-250 de 28 de marzo de 2012.

<sup>649</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 48633 de diciembre 3 de 2012.

De lo anterior se considera que la evolución normativa correspondiente a la definición de víctima en Colombia es progresiva, con el propósito de aclarar con mayor profundidad quienes son catalogados como tal, puesto que el impedir acceder a los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico para quienes han padecido directa o indirectamente las consecuencias de los actos delictivos, genera claramente una vulneración a los principios constitucionales establecidos para ellos.

Por otro lado, los atributos constituidos a favor de las víctimas se han convertido en obligaciones por parte de los Estados, principalmente en lo que tiene que ver con interponer recursos y obtener reparaciones, con el propósito de impedir la victimización. En el marco de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los principios de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, aprobada por la Asamblea General por la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985<sup>650</sup> y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 60/147 publicada el 21 de marzo de 2006<sup>651</sup> consolida la importancia que refleja estas situaciones en la comunidad internacional.

Si bien es cierto estas normas no tienen obligatoriedad sobre los Estados, se consideran como un aspecto muy relevante y a tener en cuenta al momento de consagrar derechos de las víctimas, puesto que sirven como fundamento un deber genérico, el cual consiste en respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de Derechos Humanos y el DIH, cuyo alcance es

“La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones; b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional; c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus Derechos Humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en

---

<sup>650</sup> Resolución A/RES/40/34, *Óp. Cit.*

<sup>651</sup> Resolución A/RES/60/147, *Óp. Cit.*



definitiva el responsable de la violación; y d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante”<sup>652</sup>.

De la regulación transcrita anteriormente, se puede concluir que el concepto de víctima ha ido avanzando considerablemente, entendiendo que en un principio se trataba de un actor olvidado por el ordenamiento jurídico, pasando actualmente a tener una posición relevante en el interior del Estado, con mayor razón si estamos en circunstancias de graves violaciones de Derechos Humanos, lo que promueve y genera actuaciones positivas y negativas de los Estados, constituyéndose en obligaciones o deberes.

Estos deberes tienen unos correlativos derechos, conocidos como verdad, justicia y reparación, los cuales son el contenido mismo de la justicia transicional<sup>653</sup>, a pesar que en la Resolución 60/147, de 21 de marzo de 2006, se enuncien de manera diferente como “a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación”. Cada uno de estos atributos contiene sus condiciones y reglas independientes que determinarán el grado de certeza o cumplimiento por parte de los Estados.

Para la Asamblea General, el acceso igual y efectivo a la justicia, contempla una obligación por parte del Estado en asegurar y consagrar mecanismos para que las víctimas puedan contar con un procedimiento imparcial; impedir la impunidad; y la facultad de interponer recursos cuando se trata de graves violaciones a Derechos Humanos<sup>654</sup>. Este atributo no es exclusivamente de naturaleza individual, también pueden consagrarse mecanismos colectivos para asegurar los demás derechos, principalmente la reparación<sup>655</sup>.

Por su parte, la reparación tiene unas características especiales que le dan una naturaleza diferente, es decir, debe tratarse de un resarcimiento adecuado, efectivo y rápido, donde el Estado no solo responde por los daños causados por sus actuaciones, sino por aquellos que fueron inducidos por agentes externos pero el responsable no pueda o no quiera cumplir con sus obligaciones<sup>656</sup>. Para ello, podrá acudir a programas de reparación,

---

<sup>652</sup> *Ibíd.* punto II.

<sup>653</sup> Vid. VACAS FERNÁNDEZ, Félix, “Los derechos de las víctimas y la negociación: el caso de Colombia”, *Óp. Cit.* p. 556.

<sup>654</sup> Vid. ONU. Resolución A/RES/60/147, *Óp. Cit.* par. 12.

<sup>655</sup> *Ibíd.* par. 13.

<sup>656</sup> *Ibíd.* par. 15.

donde se pueden incluir medidas de restitución, rehabilitación, garantías de no repetición satisfacción e indemnización.

Por último, respecto al derecho al acceso a información, es el mecanismo para tener certeza frente a lo sucedido, y es la herramienta que permite ejercer los otros atributos, entendido en los siguientes términos

“Los Estados han de arbitrar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en los presentes Principios y directrices básicos y de todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener derecho las víctimas. Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones”<sup>657</sup>.

El establecimiento de una justicia transicional debe estar basado en estos tres principios fundamentales, que fueron desarrollados inicialmente por Joinet, en 1997, en el *Informe Final acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos)*. De acuerdo con este documento, se identifican las obligaciones a cargo del Estado en proceso de transición, las cuales son en primera instancia, la satisfacción del derecho a la justicia, en segunda instancia la complacencia del derecho a la verdad, en tercera instancia el cumplimiento de las condiciones del derecho a la reparación de las víctimas, y por último la adopción de reformas institucionales y garantías de no repetición.

Bajo este entendido, los principios deben ser sintetizados bajo premisas de orden constitucional, como los de dignidad, de buena fe, de garantía del debido proceso, igualdad, enfoque diferencial, entre otros, en el marco de la Justicia Transicional, sin olvidar los contenidos de los tratados de Derecho Internacional relativos a la materia.

### **3.4.- Especial referencia al derecho a la justicia en Colombia**

El Estado colombiano ha consolidado un verdadero estatuto, compuesto por herramientas y mecanismos que han demostrado el compromiso con el cumplimiento de los

---

<sup>657</sup> *Ibíd.* par. 24.

deberes internacionales y en vanguardia a nivel mundial, tomando en cuenta las experiencias vividas en otros países, impulsado adicionalmente por las decisiones de la CIDH; las observaciones formuladas por la Comisión IDH; y las recomendaciones que han presentado los relatores de la ONU y la Fiscalía de la CPI. Todo ello ha permitido generar un conjunto de prerrogativas que han fortalecido los atributos de las víctimas en Colombia, más aún teniendo en cuenta que el proceso de paz adelantado con las FARC-EP y que dará de que hablar en los próximos años es el primer asunto de justicia transicional que se adelanta bajo la vigencia del ECPI.

Los derechos entre sí tienen una relación directa y se entrecruzan en el entendido que por ejemplo no podría haber verdad, sin mecanismos judiciales que busquen satisfacer las necesidades de las víctimas a un medio institucional que al final del proceso revele las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron las graves violaciones; a su vez, la verdad es una forma de reparación, puesto que descubriendo lo acontecido se impide que actos similares se vuelvan a dar, invocando la memoria colectiva como garantía de no repetición. Lo mismo sucede con la justicia y la reparación, toda vez que sin las herramientas legales que conduzcan a las víctimas a acceder y requerir la indemnización de los perjuicios, y a su vez, las decisiones judiciales son en sí mismas consideradas como un medio de resarcimiento de los daños padecidos, en el entendido que llevan inmersas sanciones para los perpetradores de los derechos.

Teniendo en cuenta la especialidad del presente escrito, no se hará referencia a los principales elementos relativos a los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional, los cuales fueron analizados en otra oportunidad<sup>658</sup>, de tal manera que exclusivamente se verificará lo relativo al derecho a la justicia, el cual contiene varios componentes dentro de los que se encuentran la potestad de las víctimas a intervenir dentro de los procedimientos judiciales, en ejercicio del recurso judicial efectivo constituido para tal efecto, así como las investigaciones y juzgamientos que debe realizar el Estado en procura de luchar contra la impunidad. Dentro del presente acápite, se analizarán la participación de las víctimas, los beneficios punitivos, los criterios de selección y

---

<sup>658</sup> El autor del presente escrito se pronunció frente a este punto en CISNEROS TRUJILLO, C. *Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en los procesos de justicia transicional en Colombia*. Trabajo de fin de Master para optar al título de Master en Derecho Público en la Universidad Carlos III, dirigido por Félix Vacas Fernández, presentado el 30 de enero y defendido el 22 de febrero de 2018.

priorización en cuanto a los procesos de justicia transicional en Colombia y el tratamiento diferencial entre miembros de la Fuerza Pública y los integrantes de las FARC-EP.

### **3.4.1.- Participación de la víctima en procesos judiciales**

Para el caso colombiano, esta facultad de la víctima de participar en los procesos judiciales se encuentra consagrada en la Constitución Política<sup>659</sup>, y específicamente en lo que tiene que ver con materia penal, se inicia en términos generales y no solo en lo que respecta a procesos de justicia transicional desde el Acto Legislativo 03 de 2002, donde se consagra como una de las funciones de la Fiscalía General de la Nación la protección la víctima<sup>660</sup>.

Sin lugar a dudas es un atributo que tiene mucha relación con el sistema procesal que adopte el Estado, ya que este es el mecanismo idóneo para ingresar, participar y hacer efectiva su capacidad que se le genera por su condición de víctima, así como la forma de luchar contra la impunidad, por esta razón existe una gran relación entre la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal, la Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz, la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas, el Acto Legislativo 01 de 2012 – Marco Jurídico para la Paz, la Ley 1820 de 2016, el Acto Legislativo No. 01 de 4 de abril de 2017 y la Ley 1922 de 2018, estas últimas normas ya en desarrollo de procesos justicia transicional.

En este caso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido la que ha desarrollado este derecho, el cual posteriormente fue elevado al rango legal e incluso constitucional. La evolución inicia en la Sentencia C – 228 de 2002 donde estableció que la víctima tiene el derecho a la justicia entendiéndolo como a la no impunidad, dejó en claro que en el proceso penal no se limitaba su participación “(...) exclusivamente a la búsqueda de una reparación económica”, sino que también tenían el derecho “(...) a saber la verdad de los hechos” y “a la justicia” que “(...) implica la obligación del Estado a investigar lo

---

<sup>659</sup> El artículo 229 de la Constitución Política de Colombia expresa “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

<sup>660</sup> En ese sentido se pronuncia el artículo 250.6 la Constitución Política enunciando “(...) solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”.

sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles”<sup>661</sup>. Posteriormente en la Sentencia C – 1149 de 2001 afirmó

“Se vulnera el derecho a acceder a la administración de justicia de las víctimas y perjudicados con el delito cuya competencia está asignada a la justicia penal militar, por cuanto de una parte, no pueden acceder a dicha jurisdicción con la finalidad de obtener la reparación directa de los daños causados y de otra, el derecho a obtener una decisión judicial que solucione su conflicto en forma integral, al no tener el derecho a obtener una declaración judicial sobre los perjuicios ocasionados. El acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) no es sólo para hacerse parte dentro del proceso, sino también para que se le reconozcan sus derechos y dentro de estos, el derecho a ser indemnizado por los daños que se le han causado, a más del derecho a que se haga justicia y a conocer la verdad de lo sucedido”<sup>662</sup>.

La Sentencia C – 004 de 2003 le concedió a la víctima su derecho a impugnar decisiones tales como las de preclusión de la investigación, de cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria. Ya en el estudio de la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 370 de 2006 determinó que quienes han padecido una grave violación a los Derechos Humanos deben ser protegidos mediante un recuso “sencillo y eficaz”, con la obligación estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los autores de estos atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual ha de surtirse en “plazo razonable”<sup>663</sup>.

A su vez, dentro del estudio de la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal, en la sentencia C – 979 de 2005, la Corte protegió el derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a Derechos Humanos o infracciones graves al DIH, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria<sup>664</sup>.

Por su parte, en la Sentencia C – 209 de 2007, la Corte establece una de las facultades para la víctima en materia probatoria, situación que no había sido mencionada anteriormente, afirmando

“No obstante, la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen del

---

<sup>661</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2002.

<sup>662</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 1149 de 2001.

<sup>663</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 2006.

<sup>664</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 979 de 2005.

Fiscal. El conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, éste podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral, pero solo el fiscal tendrá voz en la audiencia en aquellos aspectos regulados por las normas acusadas. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004”<sup>665</sup>.

De todas las citas mencionadas anteriormente, podemos concluir que la víctima tiene varias atribuciones dentro del derecho a la justicia. Dentro del proceso penal se puede solicitar diversos medios probatorios, atribuciones en la aplicación del principio de oportunidad, atributo frente a la solicitud de preclusión, potestades de la víctima en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la acusación en la etapa del juicio, facultades de la víctima de impugnación de decisiones fundamentales, etc.

Si bien desde la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal le da al perjudicado el calificativo de interviniente especial y no de parte, esta revestida de características especiales que la facultan activamente en la actuación procesal. En el caso de la Ley 975 de 2005, como medidas de justicia transicional, aunque el Estado en ejercicio de la política criminal estableció penas inferiores a las impuestas por la Ley 599 de 2000 – Código Penal, no se puede dejar de lado este deber, teniendo en cuenta que no se trata de una amnistía o indulto, sino una aminoración cuantitativa de la pena, de tal manera que esta obligación no es olvidada absolutamente, ya que la obligación de investigar y evitar al máximo la impunidad está en cabeza del Estado.

Por su parte, en lo que tiene que ver con el Acuerdo de Paz con las FARC-EP, los derechos de las víctimas se han establecido como un punto central, de tal manera que dentro de los procesos podrán participar como intervinientes por sí solas, por intermedio de apoderado de confianza o asignado por las organizaciones de víctimas, o en su defecto por defensor público<sup>666</sup>. En ese caso, la persona que considere ser perjudicado, deberá presentar la prueba que acredite dicha condición, enunciando la época y lugar de los hechos, deber que no es aplicable a quienes se encuentren incluidos en el RUV. La JEP deberá

---

<sup>665</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 209 de 2007.

<sup>666</sup> Ley 1922 de 2018. Artículo 2.

pronunciarse mediante decisión motivada sobre el reconocimiento de la acreditación como víctima<sup>667</sup>.

Todo lo anterior denota que el derecho a la justicia de las víctimas está relacionado con el deber de respetar el debido proceso, lo que demuestra es el atributo a la defensa material que tiene la víctima, la posibilidad de ingresar al procedimiento penal como un interviniente, y es una obligación del Estado proporcionar los medios idóneos para su total ejercicio, respetar el principio de legalidad de los delitos y las penas, el principio de favorabilidad de la norma, preexistencia del juez ante quien actúa, etc.

### **3.4.2.- Beneficios punitivos: Amnistías, indultos y tratamientos penales especiales**

Como se ha enunciado, el derecho a la justicia en uno de los núcleos o normativa dura en procesos de justicia transicional, cuyos estándares y principios están expuestos en las normas y jurisprudencia internacionales, donde se establecen las obligaciones que los Estados deben cumplir incluso en la implementación de este tipo de medidas, con un grado de flexibilidad en los casos de consagración de amnistías e indultos, subrogados penales y la posibilidad de limitar la cosa juzgada, exclusivamente en lo relacionado con los otros derechos de las víctimas y la consolidación de una paz estable y duradera, puesto que está presente el deber de perseguir crímenes internacionales, más aun con la ratificación del ECPI.

En ese sentido, en los procesos de justicia transicional, el fin de la pena es de naturaleza restaurativo, por ello se establecen herramientas y mecanismos dirigidos a una flexibilidad punitiva como las amnistías o los beneficios penales, que se presentan en pro de lograr un acuerdo o negociación encaminado hacia la paz, y el Estado deberá analizar minuciosamente cual es el límite de cesión de este derecho, tal como se enunció en líneas previas.

Respecto a las amnistías e indultos, Colombia ha utilizado estas políticas en el transcurso de sus procesos de paz, aunque no son las únicas formas en que el Estado puede proceder en aras de lograr la paz. Puede, en efecto, el Congreso de la República, como representante del órgano legislativo y actuando como constituyente derivado, al diseñar diferentes alternativas o instrumentos para poner fin al conflicto armado, pero al delinear

---

<sup>667</sup> Ley 1922 de 2018. Artículo 3.

estas hipótesis es necesario no desconocer la justicia, ni vulnerar los derechos de las víctimas. Es al Legislador a quien compete definir tales herramientas, atendiendo a las características del contexto dentro del cual expida la correspondiente ley, y atendiendo los estándares desarrollados fundamentalmente por la CIDH, quien se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la incompatibilidad de leyes de autoamnistía con la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>668</sup>.

A modo de ejemplo, para el caso Colombiano en justicia transicional, algo relacionado se puede encontrar en el artículo 4 de la Ley 1424 de 2010<sup>669</sup>, donde se plantea a sus destinatarios (sospechosos, imputados, acusados o responsables de posibles conductas punibles de gran trascendencia), la probabilidad de alcanzar una situación jurídica ampliamente favorable, tanto a nivel individual como colectivo, cediéndose claramente el derecho a la justicia, en pro de una verdad, exigiéndoles eso si a estas personas, a cambio ciertos compromisos de reciprocidad, especialmente encaminados al esclarecimiento sobre los hechos investigados, poniendo así en movimiento medios de negociación conducentes a una situación que podría estimarse de mutuo beneficio, lo que constituye una práctica típica y propia de los sistemas de justicia transicional<sup>670</sup>.

---

<sup>668</sup> La CIDH en el *Caso Barrios Altos c. Perú* se pronunció al respecto en el siguiente sentido “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. CIDH. *Caso Barrios Altos c. Perú*. *Óp. Cit.* Par. 41-44.

<sup>669</sup> Esta norma expresa “Créase un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, con el fin de recolectar, sistematizar, preservar la información que surja de los Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación, y producir los informes a que haya lugar. La información que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación o en contra de terceros”.

<sup>670</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C – 771 de 2011 estableció respecto del artículo 4 de la Ley 1424 de 2010 “A este respecto consideró la Corte que si bien esta regla abarca casos en los que esa restricción resulta justa y comprensible, su carácter global y no diferenciado alcanza también otras situaciones, en las que sin duda se lesionarían de manera desproporcionada, no sólo la obligación del Estado de ser eficiente en el descubrimiento de las conductas punibles, en el restablecimiento de los bienes jurídicos quebrantados (cuando ello fuere posible) y en la sanción de los respectivos responsables, sino también los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Observó la Sala que esta regla abierta facilita a los victimarios responsables de graves conductas criminales, en especial a aquellos que no llenan los requisitos para acceder a



Este es un aspecto bastante importante, y probablemente dentro de todos los deberes que surgen del derecho a la justicia, se estaría hablando de las cuestiones más complicadas cuando se está en la búsqueda de una paz negociada y la lucha contra la impunidad, toda vez que la imposición de las penas a los responsables es uno de los temas que mayor grado de conflicto trae, bajo la idea clásica de que quienes cometan un crimen deberán ser condenados y tener que cumplir con cárcel como sanción.

Como se ha indicado previamente, el DIH permite la posibilidad de acudir a las leyes de amnistías como mecanismos para facilitar el retorno a la paz en un sentido amplio, más no absoluto<sup>671</sup>. No obstante, la CIDH en el *Caso Barrios Altos* inició una posición jurisprudencial que se opone a las autoamnistías o medidas similares, en el entendido que son incompatibles con la naturaleza de la Convención Americana<sup>672</sup>. Esta apreciación ha sido reiterada a lo largo de su jurisprudencia en el *Caso La Cantuta*<sup>673</sup>, el *Caso Almonacid Arellano*<sup>674</sup>, el *Caso Masacre de las Dos Erres*<sup>675</sup>, y en el *Caso Gomes Lund y otros*<sup>676</sup>, que citan expresamente lo enunciado en el *Caso Barrios Altos*, posición que se consolida en el *Caso Gelman*<sup>677</sup> y en el *Caso García Lucero*<sup>678</sup>.

---

los beneficios previstos en esta ley, la posibilidad de impedir de manera absoluta la utilización de cualquier información sobre el tema que hubiere llegado a conocimiento de las autoridades mediante la suscripción de Acuerdos por parte de personas que sí cumplen tales requisitos, si al así hacerlo estas últimas hubieren relatado las circunstancias que determinarían la responsabilidad de aquellos terceros victimarios.” Corte Constitucional. Sentencia C – 771 de 2011.

<sup>671</sup> Tal como lo expresa ANICHIARICO, las amnistías han sido utilizadas a lo largo de la historia, y no parecería que su utilización generara problemas en la Comunidad Internacional. No obstante, actualmente se ha hecho mucho hincapié en lo que tiene que ver con ellas, distinguiéndolas entre amnistías generales y condicionadas, entendiendo que las primeras van en contra del ordenamiento jurídico internacional y las segundas deberían ser las utilizadas en la finalización de conflictos armados, y que han sido empleadas en varios casos de justicia transicional como en el caso de Bangladesh, República del Congo y Sudáfrica. Vid. ANICHIARICO GONZÁLEZ, A. M. “Una visión de la terminación de los conflictos armados centrada en la justicia transicional” en *Universitas*, 2016, N° 24 / pp. 165-194. doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3179>. En el mismo sentido se pronuncia AMBOS, K. “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional” en *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga (Coord.), pp. 119-166, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018.

<sup>672</sup> CIDH. *Caso Barrios Altos c. Perú*. Óp. Cit. Par. 41-44

<sup>673</sup> CIDH. *Caso La Cantuta c. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, par. 152.

<sup>674</sup> CIDH. *Caso Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, par. 105 y ss.

<sup>675</sup> CIDH. *Caso La Masacre de las Dos Erres c. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009, par. 129.

<sup>676</sup> CIDH. *Caso Gomes Lund c. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, par. 174.

<sup>677</sup> La CIDH expresa “La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de Derechos Humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto

La posición actual de la CIDH respecto a amnistías en el marco de conflictos armados internos se encuentra plasmada en el *Caso de las Masacres de El Mozote*, donde a pesar de existir una flexibilización de las exigencias de investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a Derechos Humanos, las restricciones frente a las leyes de amnistías se mantienen en firme, no obstante

“(…) a diferencia de los casos abordados anteriormente por este Tribunal, en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana (...) hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 así como de los términos específicos en que se acordó el cese de las hostilidades que puso fin al conflicto en El Salvador (...) del Acuerdo de Paz de 16 de enero de 1992”<sup>679</sup>.

Esta decisión dio un giro importante porque en primer lugar se aplican las normas de DIH, permitiéndose la posibilidad de pactar amnistías en el contexto de finalización de conflictos armados conforme al Protocolo II Adicional y tener en cuenta el contexto en que se adelantaron las negociaciones de paz y acuerdos celebrados entre las partes.

Ahora bien, las amnistías no pueden ser aplicadas de manera absoluta, y cuando se adopta como una herramienta de negociación en un proceso de justicia transicional, deben estar presentes como requisitos que quienes cometieron crímenes graves de conformidad con el Derecho Internacional no podrán ser objeto de esta herramienta, aplicándose para delitos políticos o delitos comunes conexos no graves; no eximen de la obligación del Estado de cumplir con las demás características del derecho a la justicia, es decir, la debida investigación y utilizando el máximo de sus posibilidades; solo pueden emplearse en aquellos casos en que resulte de la negociación entre las partes, y se demuestre su estricta

---

material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. CIDH. *Caso Gelman c. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, par. 229.

<sup>678</sup> CIDH. *Caso García Lucero c. Chile*, sentencia de 28 de agosto de 2013, par. 150 y ss..

<sup>679</sup> CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012, par. 284.

necesidad de obtener el cese definitivo del conflicto armado; y que no afecten el cumplimiento de los demás derechos de las víctimas a la verdad y reparación<sup>680</sup>.

Como se enunció en líneas previas, en lo que tiene que ver con la justicia transicional en Colombia, la Ley de Justicia y Paz no contempló las medidas de amnistías, aunque en los proyectos de ley iniciales se estipulaban figuras similares como la concesión de inhibitorios, preclusiones o ceses de procedimiento a delincuentes. Por su parte, el Acuerdo Final con las FARC-EP estipuló como uno de los beneficios las amnistías condicionadas<sup>681</sup> (la administrativa o de *iure*<sup>682</sup> y la concedida por la JEP) para los excombatientes y la cesación del procedimiento para el caso de los agentes del Estado, en los delitos políticos o conexos, posición adoptada previamente en el Marco Jurídico para la Paz. La Ley 1820 de 2016<sup>683</sup>, desarrolló normativamente estos aspectos, los cuales fueron encontrados conformes al ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, fundamentalmente en la Sentencia C – 007 de 2018, donde se deja en claro la imposibilidad de concederse para crímenes internacionales<sup>684</sup>, en el entendido que estos delitos son inderogables, absolutos y por su trascendencia ante la sociedad, no pueden quedar sin castigo<sup>685</sup>.

Tal y como se encuentra planteado, la forma como se han estructurado las amnistías en el proceso de justicia transicional en Colombia es novedoso, no vulneraría los derechos de las víctimas y a su vez, se estaría conforme a los estándares internacionales impuestos

---

<sup>680</sup> Vid. FAJARDO, L. A. “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 175-319. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016. p. 261.

<sup>681</sup> Figura definida por AMBOS como aquellas que “no eximen automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período de tiempo, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s)”. AMBOS, K. *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2008. p. 104. Sobre las amnistías condicionadas también se puede consultar

MALLINDER, L (2009). “Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties”. En *Building Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Kai Ambos, Judith Large, y Marieke Wierda, (eds.). pp. 127-171. Berlin: Springer, 2009.

<sup>682</sup> El Decreto 277 de 2017 regula el procedimiento de esta modalidad de amnistía. La norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 025 de 2018.

<sup>683</sup> Un estudio pormenorizado de esta norma se puede encontrar en VV.AA. *Ley de amnistía. Comentario completo y sistemático. (Ley 1820 de 2016)*. Kai Ambos y Gustavo Emilio Cote Barco (Ed.), Bogotá D.C.: Fundación Konrad Adenauer, Ed. Nomos, 2019.

<sup>684</sup> Ley 1820 de 2016. Artículos 23 y 46.

<sup>685</sup> En ese sentido se pronuncia el preámbulo del ECPI y la Corte Constitucional en la Sentencia C – 577 de 2014. Par. 6.2.1.

para este tipo de medidas, puesto que cualquier tratamiento especial a favor de los sujetos bajo la competencia de la JEP, no exime que deberán contribuir con los derechos a la verdad y reparación de las víctimas<sup>686</sup>, entendido esto como una condición para acceder a los beneficios<sup>687</sup>, cuyo incumplimiento injustificado podrá dar lugar a su pérdida.

A su vez, aquellos guerrilleros que hayan cometido delitos atroces no quedarían en la impunidad, puesto que esta circunstancia solamente se da cuando los autores de crímenes quedan libres de toda sanción, no cuando están sujetos a un sistema alternativo que los juzgue y determine su responsabilidad penal. En este aspecto ha prestado mucha atención la Fiscalía de la CPI, para quien “(...) es un elemento esencial que sean excluidos de las amnistías o indultos los crímenes de competencia de la CPI, así como que se mantenga la descripción típica de los crímenes tal como está en el ECPI”<sup>688</sup>.

Otra situación es la forma de aplicación, puesto que muchos de los sujetos que se han postulado no son calificados como beneficiarios realmente, de tal manera que le corresponde a la JEP determinar en que casos es procedente o no, y es este será organismo judicial que podrá tener cierta flexibilidad en el caso de los delitos conexos al político (como podría ser el narcotráfico), más no en aquellos que se consideran absolutamente no amnistiables. En ese sentido, el papel que cumpla la JEP va a marcar el camino hacia el éxito o el fracaso del proceso de paz<sup>689</sup>.

Infortunadamente, el aspecto que parecería no se encuentra conforme al Derecho Internacional, es el tratamiento diferenciado entre guerrilleros y agentes del Estado en cuanto a la eventual concesión de amnistías no corresponde a lo planteado en este ordenamiento jurídico, puesto que se considera que ambas partes deben someterse al mismo marco legal, sin distinguir entre las figuras de renuncia a la persecución penal y amnistías.

---

<sup>686</sup> Ley 1820 de 2016. Artículo 14.

<sup>687</sup> Este punto fue aclarado por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 007 de 2018.

<sup>688</sup> ACOSTA L. J. I. y IDÁRRAGA M., A. M. “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional” *Óp. Cit.* p. 74.

<sup>689</sup> En el mismo sentido se pronuncia AMBOS en AMBOS, K. “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional” en *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga (Coord.), pp. 119-166, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018. p. 152.

Todo lo anterior no excluye la posibilidad de acudir a otras herramientas, como la reducción de las penas<sup>690</sup>, aplicación de penas alternativas o cambiarlas con el propósito de obtener un acuerdo del fin del conflicto, siempre con el límite del cumplimiento de garantía de los demás derechos de las víctimas<sup>691</sup>, o la suspensión de la ejecución de la sanción<sup>692</sup>, para aquellos crímenes que no sean susceptibles de amnistías. Esta situación deberá verificarse caso a caso y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, e implica adelantar las investigaciones adecuadas para llegar a dicha conclusión, lo que no impide conceder indultos a quienes han cometido infracciones menores al DIH. Aquí juega un papel importante la proporcionalidad con que se impongan las penas, puesto que

“(…) el perdón de los victimarios sólo es justificable cuando es la única medida que puede hacer posible el logro de la paz y la reconciliación nacional y toda vez que se corresponda con la gravedad de los actos cometidos por el inculpaado, su grado de jerarquía de mando y las contribuciones que haga a la justicia”<sup>693</sup>.

Para el caso de graves vulneraciones, se puede reducir las penas en contraprestación de contribuir con los demás derechos de las víctimas, para lo cual como se vio anteriormente, no existe un estándar internacional que determine la proporcionalidad punitiva<sup>694</sup>. A modo de ejemplo, la Comisión IDH frente al proceso de Justicia y paz, donde

---

<sup>690</sup> Un estudio al respecto se puede consultar BURCHARD, CH. “¿Es efectivo el castigo penal de combatientes en un conflicto armado? Reflexiones iniciales sobre maneras para vencer la ignorancia sobre la eficacia de soluciones penales en la justicia transicional”, En *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga (Coord.), pp. 35-50, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018.

<sup>691</sup> Sobre este tema se puede consultar lo afirmado por UPRIMNY YEPES, R. y LASSO, L. “Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones” en *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*. Fundación Social – FESCOL, Embajada de Alemania, Bogotá D.C., 2004. pp. 88-101.

<sup>692</sup> Estas medidas se consagran en el Acto Legislativo 01 de 2012 – Marco Jurídico para la Paz.

<sup>693</sup> UPRIMNY YEPES, R. y LASSO, L. “Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones” en *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*. Fundación Social – FESCOL, Embajada de Alemania, Bogotá D.C., 2004. p. 92

<sup>694</sup> Frente al principio de proporcionalidad de la pena, la CIDH en el caso *La Rochela* manifestó “En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos

no se observó lo referente a las penas, sino la efectividad del proceso, la garantía de los demás derechos de las víctimas y la debida diligencia, expresó

“(…) los beneficios penales otorgados a los desmovilizados no constituyan una mera concesión gratuita de justicia, sino que cumplan con el objetivo genuino de operar como incentivo para la paz, la búsqueda de la verdad y la debida reparación a las víctimas del conflicto”<sup>695</sup>.

Por ello, a pesar de no existir unas condiciones mínimas o requerimientos respecto a lo que se considera proporcional en la sanción, es importante poner de presente que la validez de la pena depende de los objetivos logrados con su aplicación, sin tratarse de medios para evadir el derecho a la justicia, sino en procura de los demás derechos de las víctimas, contribuyendo en el cumplimiento de los mismos y de la paz; la imposición de las penas hace parte del derecho de las víctimas, como consecuencia de sancionar a quien ha cometido un delito, otorgando una proporcionalidad de acuerdo a la gravedad de la vulneración; y la sanción siempre debe contener una privación de derechos, así nos encontremos en penas alternativas o reducción de las mismas<sup>696</sup>. Si ello no se da así, no existiría medidas adecuadas y proporcionales. De esta manera como lo afirma FAJARDO

“(…) la definición y cantidad de la pena, en el caso de las graves violaciones de Derechos Humanos y en el marco de la justicia transicional, hace parte del margen de apreciación que el Estado tiene, y evidentemente su legitimidad está vinculada a los objetivos perseguidos y alcanzados con ella”<sup>697</sup>.

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional ha denotado que los tratamientos penales especiales deben estar sujetos al cumplimiento de los derechos a la verdad, reparación y garantías de no repetición<sup>698</sup>, de tal manera que se impide la posibilidad de otorgarse a quienes continúen delinquirando, y la sanción debe ser real, conteniendo un

---

los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”. CIDH. *Caso de La Masacre de la Rochela C. Colombia*, Óp. Cit. par. 196.

<sup>695</sup> Comisión IDH. *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y alcance de la ley de Justicia y Paz en Colombia*, OEA/Ser/L/V/II.125, 1 de agosto de 2006. par. 3.

<sup>696</sup> Vid. FAJARDO, L. A. “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia”. Óp. Cit. p. 269 y 270.

<sup>697</sup> FAJARDO, L. A. “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia”. Óp. Cit. p. 269.

<sup>698</sup> Cfr. Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo transitorio 5.

componente retributivo<sup>699</sup>. A su vez, específicamente en lo que tiene que ver con la suspensión total de la ejecución de la pena como un beneficio en el marco de la justicia transicional, no puede operar para el caso de los máximos responsables en los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio<sup>700</sup>, concentrándose en ellos los esfuerzos persecutorios, punto en el que se cumplirán los derechos de las víctimas<sup>701</sup>, y en caso donde se deba atribuir responsabilidad, se podrá imponer las sanciones propias, alternativas u ordinarias que se enunciaron en el acápite relativo a la JEP.

Para concluir, lo anterior denota que el Estado colombiano está cumpliendo con lo referente al derecho a la justicia de las víctimas, fundamentalmente porque se otorga un tratamiento conforme al delito que haya sido cometido, de tal manera que aquellos políticos y conexos conllevarán beneficios amplios, mientras que los crímenes internacionales, considerados como los más graves por sus implicaciones en los Derechos Humanos, serán objeto de investigación y sanción, concentrando los esfuerzos en los máximos responsables, bajo la figura de la selección y priorización se analizará a continuación.

### **3.4.3.- Criterios de priorización y selección**

El reto que implica enfrentar el legado de masivas vulneraciones a los Derechos Humanos cometidas en el marco del conflicto armado colombiano, lleva a analizar las tensiones entre los derechos de las víctimas, principalmente a la justicia con la consecución de la paz.

Esta victimización, aunque no es del todo fácil establecer cifras exactas, conforme a los datos establecidos en el Registro Único de Víctimas y en informes realizados por el Centro de Memoria Histórica, es importante el número de personas que han sido vulneradas en sus derechos a la vida, libertad, locomoción, llegando a más de 8 millones, con hechos como desapariciones forzadas, homicidios, secuestros, desplazamientos forzados, violencia sexual, reclutamiento ilegal de menores de edad, etc. Por esta razón, la consagración de medidas de justicia transicional es absolutamente justificable, buscando la desmovilización de grupos armados y salidas negociadas al conflicto, como son el proceso de justicia y paz,

---

<sup>699</sup> En ese sentido se pronuncia desde la Sentencia C – 370 de 2006, frente a la alternatividad penal impuesta en Justicia y Paz. Relacionado con ello está el Acto Legislativo 01 de 2012. Artículo 1. Parágrafo 2.

<sup>700</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 9.9.8.

<sup>701</sup> En ese sentido se pronuncia la Corte Constitucional en la Sentencia C – 674 de 2017. par. 5.2.4.2.5.; Sentencia C – 579 de 2013

el marco jurídico para la paz, este último estableciendo los criterios de priorización y selección en el ejercicio de la acción penal, posición impuesta en el acuerdo adelantado con las FACR-EP.

Ahora, el cuestionamiento proviene de si todo este entramado normativo está conforme con el deber de investigar, sancionar y perseguir a los autores de las graves violaciones a los Derechos Humanos, fundamentalmente en lo que tiene que ver con los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, aspecto que se ha consolidado en el Derecho Internacional principalmente en las últimas décadas del Siglo XX, producto de varios tratados, dirigidos a la lucha contra la impunidad.

Justamente, en estos casos se producen múltiples crímenes con diversidad de actores, lo que en cierto modo impide que el funcionamiento del sistema judicial sea el adecuado, o produzca resultados eficaces (como se pudo observar en Ruanda y Yugoslavia, donde se hicieron unos esfuerzos logísticos y presupuestales importantes), incluso en casos de justicia transicional, puesto que la denuncias sobre estos hechos pueden desbordar la capacidad de los órganos instituidos para resolver los asuntos, conforme a la exhaustividad que ello requiere, volviéndose irrealizable y mutando en una situación que genera incumplimientos en los estándares internacionales.

Es en esas condiciones donde surge la necesidad de establecer criterios de selección y priorización, determinando qué casos se van a investigar y juzgar, así como la organización de cuales de ellos se atenderán con primacía, mediante requisitos objetivos, eliminando su aplicación subjetiva, arbitraria o indiscriminada, y así recuperar la confianza de la sociedad, garantizar la no repetición de las atrocidades y eliminar la impunidad.

Conforme a lo anterior, se ha contemplado estas herramientas al interior de la regulación y jurisprudencia relacionada con justicia transicional colombiana, teniendo en cuenta el impacto punitivo que ha tenido el conflicto armado, ha desbordado la capacidad estatal y las dificultades logísticas podrían llevar a que el sistema judicial colapse completamente, de tal manera que el establecer herramientas para optimizar los recursos institucionales, centrando esfuerzos en los casos que cuenten con mayor impacto es compatible con la lucha contra la impunidad, esto es, que las investigaciones se concentren en los “máximos responsables”, sobre los delitos de mayor trascendencia (crímenes



internacionales), lo que resulta de extrema utilidad, puesto que tal inclusión se configura como una necesidad fundamental para garantizar un balance idóneo entre los derechos a la paz y la justicia, permitiendo igualmente condenas efectivas contra los mayores responsables y evitando altos porcentajes de impunidad.

En estas líneas se busca mediante el análisis de la jurisprudencia y regulación colombiana, así como de derecho comparado, poner de manifiesto que los criterios de selección y priorización, en cuanto a los juzgamientos que se adelantan fundamentalmente en la Jurisdicción Especial para la Paz, pueden ser efectivos en la medida que su aplicación se formule de forma transparente, con la participación de las víctimas, y mediante un proceso público, puesto que la experiencia vivida fundamentalmente en el proceso de Justicia y Paz, ha denotado que sin estos requisitos los resultados serán equivocados y provocarán un descontento en la sociedad, con la sensación de impunidad, impidiendo lograr el principal objetivo de la justicia transicional que es busca pasar la página del horror y la violencia, mediante una paz estable y duradera.

Se debe manifestar que el legislador es autónomo para regular la política criminal del Estado<sup>702</sup> (salvo las restricciones constitucionales), teniendo en cuenta aspectos como los bienes jurídicos protegidos o las sanciones a imponer, entre otros aspectos, como la priorización, concentrando los esfuerzos investigativos en una serie de delitos y perpetradores, con el propósito de hacer más eficaz y eficiente la persecución penal. En este sentido, no sólo permite establecer un orden lógico en la atención de los requerimientos ciudadanos de justicia, sino que robustece la actividad investigativa del Estado, en especial, frente a diversas manifestaciones del crimen organizado, sin que implique renuncia alguna al ejercicio de la acción penal<sup>703</sup>.

Estos mecanismos no han sido extraños en su aplicación en ciertos países en su jurisdicción interna<sup>704</sup>, y en el Derecho Internacional, encontrándose que en el caso de

---

<sup>702</sup> Esta figura se puede definir como “(...) el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. Corte Constitucional. Sentencias C – 646 de 2001 y C – 873 de 2003.

<sup>703</sup> Vid. Fiscalía General de la Nación, *La priorización: Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá D.C. 2013, p. 6.

<sup>704</sup> A modo de ejemplo, en el sistema acusatorio norteamericano la priorización permite emplear la investigación penal no sólo como una forma para recaudar pruebas, sino como un mecanismo de política

Bosnia y Herzegovina, Canadá, Argentina, Chile, el TPIY y la CPI, donde se han dado contribuciones importantes sobre la implementación y formulación de los criterios a tener en cuenta<sup>705</sup>. A modo de ejemplo, la Oficina del Fiscal de la CPI, ha considerado que tratará de centrarse en aquellos sujetos que se consideran con la mayor responsabilidad de los delitos objeto de investigación, así como los crímenes mas representativos, donde las pruebas sean más categóricas<sup>706</sup>. Estas ideas han influenciado en la forma como ha sido adoptado en el caso colombiano, tal como se procederá a analizar.

Conforme a lo anterior, la selección es una figura propia de la justicia transicional que consiste en la renuncia a la acción penal, de tal manera que aquellos asuntos que no sean contemplados, deberán ser resueltos mediante otros mecanismos como las amnistías condicionadas, los indultos o el principio de oportunidad, garantizando los derechos de las víctimas<sup>707</sup>. En ese caso, la Corte Constitucional ha considerado que la víctima cuenta con la posibilidad de discutir mediante recursos judiciales la decisión adoptada.

La Corte Constitucional y la CPI han establecido que por su gravedad y representatividad, aquellos hechos considerados como crímenes de lesa humanidad y que estén relacionados con ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado, reclutamiento ilegal de menores y el genocidio o crimen de guerra cometidos de manera sistemática.

Por su parte, la priorización no es un concepto propio de la justicia transicional, consistente en una gestión en la carga de trabajo, donde la actividad investigativa del

---

criminal dirigido para la prevención y la lucha contra formas específicas de criminalidad, permitiendo concentrar la investigación en la persecución de ciertos delitos.

<sup>705</sup> Un estudio respecto a las experiencias internacionales en la selección y priorización se puede consultar LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 117. Universidad Pontificia Bolivariana, Julio-diciembre de 2012: pp. 515-579. p. 536-550.

<sup>706</sup> Al respecto se puede consultar [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905\\_Policy\\_Paper.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf), p. 7; y <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf>, p. 5.

<sup>707</sup> Cfr. ONU. *Informe del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, 27 de agosto de 2014. Doc. A/HRC/27/56. par. 26.

Estado se ve fortalecida, en pro de lograr los resultados suficientes que intenten ir en contra de la impunidad<sup>708</sup>.

Las principales metodologías para aplicar esta figura en contextos de justicia transicional, bien sea de forma exclusiva, simultánea o sucesiva, conforme lo ha explicado el Relator Especial de la ONU Pablo de Greiff<sup>709</sup> y de acuerdo a las experiencias que han sucedido<sup>710</sup>, se encuentran los llamados casos fáciles (*the easiest cases*)<sup>711</sup>, los casos de alto impacto (*the high impact cases*)<sup>712</sup>, las más graves violaciones (*the most serious violations*)<sup>713</sup>, los máximos responsables (*the most responsible perpetrators*)<sup>714</sup>; y los llamados “casos emblemáticos” (*the symbolic or paradigmatic cases*)<sup>715</sup>.

Los criterios de priorización en un proceso de justicia transicional, luego de violaciones masivas a los Derechos Humanos o al DIH, tienen su fundamento lógico en la insostenibilidad fáctica y normativa del estándar de juzgamiento tradicional en el que hay que investigar a todos los responsables de los crímenes internacionales, obteniendo las condenas correspondientes. En lo que respecta a la realidad fáctica, es imposible adelantar

---

<sup>708</sup> La CIDH en el *Caso Vereda La Esperanza* respecto a este mecanismo en el proceso de Justicia y Paz expresó “(...) no le corresponde pronunciarse sobre la idoneidad de determinado mecanismo de priorización establecido a nivel nacional con relación a otro. Únicamente correspondería semejante análisis cuando pueda existir un notorio o flagrante apartamiento de lo dispuesto en la norma interna que esté en violación del deber de debida diligencia o de las garantías judiciales protegidas en la Convención Americana, situación que no aparece con claridad en el presente caso”. CIDH. *Caso Vereda La Esperanza c. Colombia*, sentencia de 31 de agosto de 2017. par. 231.

<sup>709</sup> Cfr. *Ibíd.*

<sup>710</sup> Al respecto se puede consultar CISNEROS TRUJILLO, C. “Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional en Colombia” *Óp. Cit.*

<sup>711</sup> Donde se trata de priorizar aquellos asuntos que pueden ofrecer resultados a corto plazo. Bien empleada esta técnica puede ayudar a construir casos más complejos contra los líderes de las organizaciones delictivas. Vid. BERGSMO, M. y SAFFON, M. P. “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?” en, *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, Kai Ambos (ed.) Bogotá D.C.: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, 2011, pp. 23-112. p. 26.

<sup>712</sup> Son aquellos donde se tienen en cuenta los crímenes que han tenido efectos muy profundos en determinadas comunidades. Vid. FRIGAARD, S. “Some introductory remarks”, en *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Morten Bergsmo, (ed.), Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, pp. 1-6. p. 1 a 3.

<sup>713</sup> Consiste en priorizar por clase de delito, como, por ejemplo, crímenes de lesa humanidad, políticos, etc. Vid. BERGSMO, M. HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Case Files in Bosnia and Herzegovina*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, p. 79 a 128.

<sup>714</sup> Aquí se trata de prevalecer por persona y no por variedad de delito, en especial, los jefes de las organizaciones delictivas. Vid. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Progress and obstacles in the fight against impunity for sexual violence in the Democratic Republic of the Congo*, 2014.

<sup>715</sup> Donde se priorizan algunos asuntos que muestren los patrones criminales de la organización delictiva, a partir del examen de caso concreto.

estas acciones todos los casos si se tiene en cuenta que el número de crímenes y de perpetradores es demasiado alto, lo que significa un desgaste para el aparato jurisdiccional del Estado, y en cierta forma impunidad. Por ello, es transcendental evaluar los beneficios que generan estos criterios, puesto que deben ser excepcionales, siendo la regla general el requisito de exhaustividad que envuelve la investigación penal.

Ahora, como se enunció previamente, para el caso colombiano el Marco Jurídico para la Paz estipuló la priorización y selección para que las investigaciones se concentren en los “máximos responsables” dentro de la justicia transicional<sup>716</sup>. En efecto, la incorporación constitucional de la obligación de establecer criterios de selección, en cabeza de la rama legislativa y de priorización como labor del Fiscal General de la Nación o de la Jurisdicción Especial para la Paz, para la investigación penal de los mayores responsables, sobre los delitos de mayor trascendencia (crímenes internacionales), resulta de extrema utilidad, puesto que tal inclusión se configura como una necesidad fundamental para garantizar un balance idóneo entre los derechos a la paz y la justicia, permitiendo igualmente condenas efectivas contra los mayores responsables y evitando altos porcentajes de impunidad, debido a la gran avalancha de investigaciones, responsables y procesos que el sistema penal es incapaz de asumir<sup>717</sup>. Algunos consideran que el principio de selección debería haber sido complementado con otros como los de necesidad y proporcionalidad<sup>718</sup>, es decir, que solo podría operar cuando sea estrictamente necesaria para la consecución de la paz y cuando guarde proporcionalidad con la gravedad de los hechos criminales de que se trate.

Por su parte, la Corte Constitucional consideró que el Marco Jurídico para la Paz estaba conforme a la regulación, y al momento de analizar su exequibilidad, sin analizar estudios cuantitativos del proceso de Justicia y Paz, determinó que existen razones por las

---

<sup>716</sup> Acto Legislativo 01 de 2012. Artículo 1. La exposición de motivos de esta norma enuncia “(...) si no hay cesación de la acción penal, los fiscales no pueden legalmente concentrarse en los más responsables, porque están obligados a avanzar todos los procesos a la vez, lo cual impide el esclarecimiento de patrones y contextos y por lo tanto es contrario al fin de satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad”. Congreso de la República. Exposición de motivos en *Gaceta del Congreso* 287, Bogotá D.C., 2012, p 15.

<sup>717</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 117. Universidad Pontificia Bolivariana, Julio-diciembre de 2012: p. 515-579.

<sup>718</sup> Vid. SÁNCHEZ, N. C. y UPRIMNY YEPES, R. “El marco jurídico para la paz: ¿cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?”, en *Foro*, n.º 78, enero 2013, 34-43.

que se hace necesario adoptar criterios de priorización<sup>719</sup>, los cuales se pueden destacar el impacto externo e interno de las estrategias, el contexto y gravedad del hecho punible como fundamento para definirlos, el profesionalismo y objetividad de los mismos, y la legitimidad del proceso, lo que para ZULUAGA es cuestionable y

“(…) resultan desacertadas en el siguiente sentido: primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización; segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión ‘ambiente politizado’ no representa ninguna descripción, ni siquiera da cuenta de una categoría valorativa de la teoría política; tercero, la discusión sobre la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal no se puede reducir a categorías inocuas como ‘profesional’ y ‘objetivo’”<sup>720</sup>.

Por ello, es necesario establecer los requisitos objetivos de restricción a los criterios de selección y priorización, en la medida que generará legitimidad e independencia de los órganos judiciales. Estos aspectos deben desarrollarse, en primer lugar, con la limitación en la materia hace referencia a los casos que deben priorizarse en su investigación, entendidos como aquellos relacionados con los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio<sup>721</sup>. Aunque estos puntos deberán ser desarrollados por Ley Estatutaria, ya se han encontrado algunas disposiciones, a modo de ejemplo el Fiscal General de la Nación emitió la Directiva 001 de octubre 4 de 2012<sup>722</sup>, disposición que autoriza de manera expresa y con carácter vinculante que en el ejercicio de la acción penal se apliquen, estos criterios<sup>723</sup>.

---

<sup>719</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 8.2.2. Posición reiterada en la Sentencia C – 577 de 2014 y C – 007 de 2018.

<sup>720</sup> ZULUAGA T, J. E. “Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”. En *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Óp. Cit. pp. 155-196. p.190.

<sup>721</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C – 579 de 2013 expresó que dentro de estos crímenes se encuentran las “(…) ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores”. Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 9.9.4. La Fiscalía de la CPI enunció la necesidad de establecer prioridades en la investigación y juzgamiento de la promoción y la expansión de grupos paramilitares, el desplazamiento forzado, los crímenes sexuales y, los casos de ejecuciones extrajudiciales. Cfr. CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Óp. Cit. par. 14.

<sup>722</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 001 de octubre 4 de 2012 “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”.

<sup>723</sup> La Directiva expresa que la priorización y selección se pueden emplear “(…) cuando se evidencie la comisión de hechos constitutivos de masivas violaciones a los Derechos Humanos e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, centralizando los esfuerzos de investigación y sanción, con prioridad en los máximos responsables de aquellas, revelando los contextos que se derivan de los patrones de macro-

Desafortunadamente, esta disposición develaba vacíos e incongruencias puesto que contenía criterios abiertos relacionados con la gravedad del delito, y no hacía referencia a la forma como debían ser tratados aquellos casos que no sean seleccionados (concentrándose en la priorización), de tal manera que la actividad judicial relacionada con estos asuntos no podría quedar a la deriva, y deberían ser atendidos dentro de un límite de tiempo determinado<sup>724</sup>.

Por su parte, las condiciones en razón a la persona sobre quien se debe aplicar, donde si estamos del lado de las víctimas, los criterios a utilizar deberán encaminarse a la investigación de aquellos hechos que han generado mayor impacto y definir cuáles son los grupos o conglomerados de personas que conforme a los intereses y objetivos que tenga la justicia transicional, requieren ser priorizados.

Frente a los victimarios, se ha entendido centrar los esfuerzos judiciales frente a los mandos superiores y los cabecillas de los grupos al margen de la ley<sup>725</sup>. Probablemente este es el punto más controvertido del Marco Jurídico para la Paz, toda vez que con el propósito de garantizar la paz en Colombia, se permite dejar de perseguir algunas personas, para centrarse en los “*máximos responsables*”, aunque no se encuentra con una definición normativa de esta figura, a lo que la Corte Constitucional<sup>726</sup> complementó, contemplando la posibilidad que pueda imputarse la responsabilidad penal con las teorías responsabilidad del superior o el dominio de aparato organizado de poder, conforme al rol o papel que

---

criminalidad y de victimización masiva por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley, garantizando a las víctimas, además del acceso y atención prioritaria, hacer efectivos sus derechos a la verdad, justicia y reparación”. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de fiscalías para la justicia y la paz. 2013. p. 4. Consultar en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf>. Última visita 2 de mayo de 2019.

<sup>724</sup> Este aspecto es muy criticado por ZULUAGA en ZULUAGA T, J. E. “Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”. En *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Óp. Cit. pp. 155-196. p. 174.

<sup>725</sup> Cfr. FORER, A. Y LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia” en *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Kai Ambos (Coord.), Bogotá, D.C.: GIZ, 2011. p. 240.

<sup>726</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C – 579 de 2013 definió máximo responsable como “(...) aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 8.2.3.

cumpla en la comisión del delito, circunstancia que deberá definirse por las características en que desarrollan las labores los grupos al margen de la ley en Colombia.

Estos criterios objetivos y subjetivos, también podrían tener en cuenta otros como la necesidad, viabilidad, impacto social y político, riqueza didáctica y factibilidad, los cuales serían complementarios<sup>727</sup>.

Conforme a lo antepuesto, la posibilidad de aplicar estos criterios se incluyó en el proceso judicial establecido en la Ley de Justicia y paz, mediante la Ley 1592 de 2012<sup>728</sup>. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 694 de 2015 afirmando “(...) esta Corporación considera que la priorización no vulnera el derecho que tienen las víctimas de violaciones graves a los Derechos Humanos, a que se adelante una investigación seria, imparcial y en un plazo razonable”<sup>729</sup>, puesto que mediante esta herramienta el Estado puede prevenir la realización de nuevos delitos, erradicar las organizaciones ilegales, cumplir con las garantías de no repetición y “(...) dar una respuesta más eficiente a la investigación de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Colombia centrando la investigación en los máximos responsables”<sup>730</sup>.

De acuerdo a lo anterior, la Fiscalía General de la Nación tomó la decisión de investigar a 16 postulados que eran miembros de los grupos paramilitares, considerándolos como máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, de guerra y contra el DIH, realizados de manera directa o por los integrantes bajo su mando<sup>731</sup>. Infortunadamente, son justamente muchos de estos investigados quienes en su momento fueron extraditados, y de sus versiones rendidas en los procesos judiciales, se puede concluir que no fueron ellos quienes organizaron a las AUC, así como tampoco se financiaron, sino que tuvieron el apoyo de los grupos económicos, la Fuerza Pública y la clase política de Colombia.

---

<sup>727</sup> Vid. LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”. *Óp. Cit.* p. 555 y 556.

<sup>728</sup> El Artículo 13 de la Ley 1592 de 2012 expresa que los criterios de priorización, “(...) estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables”

<sup>729</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 694 de 2015. par. 8.1.2.1.

<sup>730</sup> *Ibíd.*

<sup>731</sup> El listado completo se puede consultar en FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscales para la Justicia y la paz*. Bogotá D.C., 10 de enero de 2012. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf>

Adicionalmente, el ente investigador demostró su incapacidad para cumplir sus funciones, no solo por la cantidad de procesos que debió adelantar, sino por su ineficacia e inoperancia.

En el marco del Acuerdo Final de paz con las FARC-EP, también se consagran los principios de selección y priorización<sup>732</sup>, los cuales fueron estipulados normativamente en el Acto Legislativo 01 de 2017 que modificó el Marco Jurídico para la Paz, determinando que será la JEP en aquellos delitos de su competencia y mediante la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas donde se “(...) desarrollarán su trabajo conforme a criterios priorización elaborados a partir la gravedad y representatividad los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos”<sup>733</sup>. En cuanto a la selección, mantuvo la consideración que deberá ser reglamentada mediante Ley Estatutaria con las mismas condiciones objetivas y subjetivas estipuladas en el Acto Legislativo 01 de 2012<sup>734</sup>.

Esta norma fue analizada por la Corte Constitucional, órgano que siguió las líneas planteadas previamente en su jurisprudencia (fundamentalmente en las Sentencias C – 579 de 2013, C – 577 de 2014 y C – 694 de 2015), entendiendo que la norma parte de una premisa consistente en que aunque éste tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar todos los delitos que ocurren en su territorio, es posible concentrar el ejercicio de esta función represiva y persecutoria del Estado en las personas que han tenido una mayor responsabilidad en los crímenes más graves y representativos cometidos en el contexto del conflicto armado, razón por la cual se consideró constitucional<sup>735</sup>.

En la implementación normativa del proceso de paz, se encuentran otras referencias a los principios de selección y priorización. Respecto al primero, la Ley Estatutaria de la JEP establece como criterios para su aplicación la gravedad de los hechos,

---

<sup>732</sup> Justamente el acuerdo expresa como una de las funciones de la Sala de definición de situaciones jurídicas que “Con el fin de que se administre pronta y cumplida Justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. En la adopción de sus determinaciones esta Sala valorará las decisiones adoptadas por la Sala de Reconocimiento respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos”. Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejército del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 147 y 158. El artículo 28.3 de Ley 1820 de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones” se pronuncia en idéntico sentido que el Acuerdo Final suscrito con las FARC-EP.

<sup>733</sup> Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo transitorio 7.

<sup>734</sup> *Ibíd.* Artículo 3.

<sup>735</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par. 5.3.2.4.2.



representatividad, características diferenciales de las víctimas, características de los responsables y la disponibilidad probatoria<sup>736</sup>. Sobre aquellos asuntos que no sean objeto de selección, se establece la posibilidad de renunciar a la acción penal para aquellos delitos no amnistiables, condicionada a que se contribuya a los derechos de las víctimas y garantías de no repetición.

La Corte Constitucional, declaró exequible esta norma, aclarando que la selección resulta obligatoria para todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, centrándose los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables, y privilegiando la construcción de “macroprocesos” lo cual excluye, en principio, la investigación caso a caso<sup>737</sup>. La decisión sobre selección de casos, será objeto de recurso de apelación<sup>738</sup>.

Se resalta el establecimiento objetivo más no arbitrario de los criterios a tener en cuenta al momento de aplicar el principio de selección, de los cuales sus resultados están por verse, en la medida que su reciente promulgación y la forma como se ejecutará estará por verse, y en ello es importante el papel que ha cumplido la Fiscal de la CPI, emitiendo sus consideraciones sobre los puntos que considera pueden ser problemáticos<sup>739</sup>. No obstante, si genera ciertas dudas la carencia de elementos que permita acudir a esta herramienta en aquellos casos de competencia de la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al principio de priorización, persiste la obligación de la jurisdicción ordinaria, es decir de la Fiscalía (incluso del Congreso de la República cuando ejerce funciones jurisdiccionales) de priorizar las conductas del conflicto armado que permanecen en su competencia<sup>740</sup>, con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2017<sup>741</sup>.

---

<sup>736</sup> Ley 1957 de 2019. Artículo 19.

<sup>737</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 080 de 2018. par. 4.1.5.3.

<sup>738</sup> Ley 1922 de 2018. Artículo 13. Numeral 5.

<sup>739</sup> Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal De La Corte Penal Internacional Sobre La Jurisdicción Especial Para La Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia. 18 de octubre de 2017. Referencia: RPZ-0000001 y RPZ-003. par. 39.

<sup>740</sup> En ese sentido se pronuncia la Corte Constitucional en la Sentencia C – 013 de 2018, al estudiar el Decreto Ley 898 de 2018, en relación con la reestructuración de la Fiscalía General de la Nación.

<sup>741</sup> Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo 3.

En cuanto a la JEP, estableció sus criterios y metodología<sup>742</sup>, cumpliendo los lineamientos establecidos en Ley Estatutaria de la JEP<sup>743</sup>, para determinar el orden de gestión de los casos. En ese sentido, establece como pasos a seguir en donde se analizará previamente con una agrupación y concentración, el poder determinar aquellos hechos y conductas que entran en la competencia de la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas.

Una vez delimitado, se procederá con la priorización conforme al criterio impacto el cual tiene un componente subjetivo, donde se observa la condición de las víctimas en cuanto a su vulnerabilidad y la representatividad de los presuntos responsables; y un elemento objetivo observa la gravedad y representatividad de los hechos, así como el impacto o magnitud de la victimización<sup>744</sup>. Adicionalmente, se implanta un criterio complementario, consistente en la disponibilidad de información, el cual tendrá menor peso<sup>745</sup>. Lo relevante es aprovechar las lecciones que ha dejado la aplicación del proceso de Justicia y Paz y evitar repetir situaciones que se pueden considerar equivocadas<sup>746</sup>.

A modo de conclusión, es relevante contemplar al interior de la justicia transicional colombiana los principios de selección y priorización, teniendo en cuenta el impacto punitivo que ha tenido el conflicto armado, ha desbordado la capacidad estatal y las dificultades logísticas podrían llevar a que el sistema judicial colapse completamente, de tal manera que el establecer herramientas para optimizar los recursos institucionales, centrando esfuerzos en los casos que cuenten con mayor impacto es compatible con la lucha contra la

---

<sup>742</sup> JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. SALA DE RECONOCIMIENTO DE VERDAD, DE RESPONSABILIDAD Y DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONDUCTAS. *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*. Bogotá D.C., 28 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

<sup>743</sup> Ley 1957 de 2019. Artículo 84.

<sup>744</sup> Al respecto se entiende que existen ciertos crímenes que no requieren análisis adicionales para considerar que superan los umbrales de gravedad, dentro de los que se encuentran la desaparición forzada de personas, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, la toma de rehenes, el reclutamiento ilícito, la violencia sexual contra la mujer y la población LGTBI durante el conflicto armado y el desplazamiento forzado.

<sup>745</sup> La JEP establece unos requisitos y elementos específicos para cada caso, que no son taxativos, los cuales se pueden consultar en JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. SALA DE RECONOCIMIENTO DE VERDAD, DE RESPONSABILIDAD Y DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONDUCTAS. *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*. Óp. Cit. p. 16-21.

<sup>746</sup> Véase CEJ, *Lecciones aprendidas de justicia y paz para el proceso transicional con las FARC-EP*, Bogotá D.C.: CEJ, junio de 2018. Disponible en <https://jepvisible.com/images/infograf/02062018-jyp-jep.pdf> última visita junio 10 de 2019.

impunidad<sup>747</sup>. Estos aspectos serán objeto de un análisis riguroso por parte de la Oficina de la Fiscalía de la CPI<sup>748</sup> y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyos organismos no han tenido la oportunidad de analizar directamente estos criterios de priorización y selección en el marco del caso de Colombia, especialmente si se tiene en cuenta que la JEP ha empezado a operar formalmente hace muy corto tiempo, y que estos mecanismos no son utilizados por la CIDH o la Comisión IDH<sup>749</sup>.

A su vez, la selección y priorización permitirán generar expectativas en la medida que su aplicación se presente de forma transparente, con la participación de las víctimas, y mediante un proceso público. Sin estos requisitos, los resultados serán equivocados y provocarán un descontento en la sociedad, con la sensación de impunidad, impidiendo lograr el objetivo de la justicia transicional que busca pasar la página del horror y la violencia. Por ello, la tarea que deberá cumplir el Estado consiste en garantizar que estos criterios no afecten a las víctimas.

#### **3.4.4.- Tratamiento diferenciado entre miembros de la Fuerza Pública y las FARC-EP**

El Acuerdo Final formula un tratamiento diferenciado entre los agentes del Estado y los miembros de las FARC-EP, el cual se recoge parcialmente en el Acto Legislativo 01 de 2017. La primera diferencia se encuentra en el numeral 32, donde se enuncia

“El componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. En dicho tratamiento deberá tenerse en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado.

En el caso de los agentes del Estado, la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz parte del reconocimiento de que el Estado tiene como fin esencial proteger y garantizar los derechos de todos los ciudadanos, y tiene la obligación de contribuir al fortalecimiento de las instituciones.

---

<sup>747</sup> El RUV para el mes de mayo de 2019 ha establecido un total de 8.443.654 personas víctimas identificadas y 10.399.027 eventos, es decir la ocurrencia de un hecho victimizante. Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394> última visita junio 10 de 2019.

<sup>748</sup> Cfr. CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Óp. Cit

<sup>749</sup> Muy a pesar que la Corte Constitucional en la Sentencia C – 579 de 2013 da a entender que la selección y priorización es una herramienta utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cabe resaltar que el Voto Concurrente del juez Diego García-Sayan en el *Caso Masacres del Mozote*, da a entender que la priorización sería conforme a la CADH. Cfr. CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, Óp. Cit., Voto Concurrente. par. 29.

Por lo anterior, sus agentes, en particular los miembros de la Fuerza Pública, ostentan el ejercicio legítimo de la fuerza y sus acciones se presumen legales”<sup>750</sup>.

Esta disposición fue impuesta en el Artículo 17 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, afirmando

“(…) El componente de Justicia del SIVJNR también se aplicará respecto de los Agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y 11 con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. En dicho tratamiento deberá tenerse en cuenta la calidad de garantes de derecho por parte del Estado”.

Con fundamento en lo anterior, los agentes del Estado que no hayan participado en los crímenes más graves y representativos del conflicto armado, podrán solicitarle a la JEP el beneficio de renuncia a la persecución penal, siempre y cuando contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas<sup>751</sup>. Adicionalmente, podrán solicitar la suspensión de la ejecución de órdenes de captura, en relación con delitos relacionados con el conflicto armado interno<sup>752</sup>.

Si bien es cierto no se hace referencia alguna a los miembros de las FARC-EP, como se analizó previamente, estos sujetos son objeto de amnistías, de acuerdo a las reglas y circunstancias establecidas en la Ley 1820 de 2016. Bajo esta óptica, el principio de tratamiento diferenciado no tiene relación respecto a la presunción de inocencia, es decir, no aumenta ni disminuye la responsabilidad de los agentes, sea cual sea su pertenencia, promoviendo las garantías propias del derecho penal.

A su vez, tampoco implica una aplicación diferente en lo que tiene que ver con las normas de DIH, las cuales se interpretan y ejecutan de manera uniforme entre las diferentes partes del conflicto, puesto que un ataque contra la población civil o una desaparición forzada son igualmente crímenes graves contra el derecho internacional, sin que sea relevante las motivaciones o la parte de la que proviene esta actuación.

---

<sup>750</sup> Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 149.

<sup>751</sup> Artículo 20 de la Ley 1957 de 2019.

<sup>752</sup> Capítulo II de la Ley 1957 de 2019

Ahora, el trato diferenciado permitirá que la JEP al momento de la valoración del rango o la posición de jerarquía cuente con mayor facilidad probatoria para el caso de las Fuerzas Armadas, con fundamento en la documentación oficial. Esta situación no será igualmente sencilla en el caso de miembros de las FARC-EP, debiendo acudirse a elementos contextuales, circunstancia que sucede igualmente para calificar la conducta omisiva, específicamente en el caso de las decisiones sancionatorias que podía tomarse por los integrantes de este grupo al margen de la ley.

Adicionalmente, el principio de trato diferenciado generará consecuencias jurídicas, a modo de ejemplo, la posibilidad de considerar las Fuerzas Armadas como un grupo desvinculado del ordenamiento legal, cuando se considere aplicar para la imputación de los delitos, la teoría de aparatos organizados de poder, conforme ha concluido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>753</sup>.

Por último, este principio promueve a que la JEP deba tener en cuenta a las FARC-EP como un grupo al margen de la ley, concentrándose en sus crímenes más graves, y descartando lo que sucedió en el proceso de Justicia y Paz, donde el delito de concierto para delinquir agravado se constituyó en el modelo de imputación principal, de tal manera que solo se debería acudir a este tipo penal cuando exista un plan acordado, más no a aspectos generales como sería la decisión de vincularse a un conglomerado.

---

<sup>753</sup> La Corte Suprema de Justicia expresó “(...) En síntesis, se descarta la autoría mediata en estructuras organizadas de poder. El Ejército como institución no se puso al margen de la ley; que algunos de sus miembros hayan aprovechado su condición de integrantes del mismo para cometer delitos, o que dentro de la estructura jerárquica propia se hubieren emitido órdenes orientadas a ese fin, no se enmarca dentro de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex General de la República Alfonso Plazas Vega*, Sentencia de 16 de diciembre de 2015. Rad. 38957

**SEGUNDA PARTE**

**LA RESPONSABILIDAD POR CRÍMENES INTERNACIONALES EN  
LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE COLOMBIA**

**CAPITULO III**

**LOS CRIMENES INTERNACIONALES COMO CONDUCTAS  
SUJETAS DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN**

**1.- Planteamiento inicial.**

Diversas materias del derecho que eran propias de ordenamientos jurídicos internos han pasado a ser desarrolladas por normas supranacionales, donde la aproximación entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal ha promovido el refuerzo de planteamientos jurídicos, principalmente el Derecho Penal Internacional<sup>754</sup> y el análisis de los conflictos armados, esencialmente como consecuencia de las experiencias vividas en las dos guerras mundiales, en la múltiples contiendas bélicas internas y regionales, y la aparición de los agentes no estatales<sup>755</sup>, imponiéndose obligaciones fundamentalmente de tipificar los delitos y sancionar a los responsables de las violaciones consideradas principalmente graves, masivas o sistemáticas<sup>756</sup>.

Este es el caso de los crímenes internacionales, figura que forma parte de este entramado normativo, en la medida que afecta a la comunidad global en su conjunto. Este concepto, pese a que no es enunciado en ningún instrumento normativo internacional, es usualmente empleado para referirse a la responsabilidad penal del individuo<sup>757</sup>, no obstante,

---

<sup>754</sup> Sobre los fundamentos del Derecho Internacional Penal, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. T. II, Buenos Aires: Ed. Losada, 1964. pp. 1091 y ss.

<sup>755</sup> Véase FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “Sujetos de derecho y actores no estatales: cuestiones de Derecho Internacional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 87-113. DOI: 10.15581/010.34.87-113, p. 109. Al respecto también se puede consultar SASSÒLI, M., “Actores no estatales y desafíos para el Derecho internacional humanitario”, en *REDI*, vol. 68/2, julio-diciembre de 2016, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.2.02>. pp. 313-320; ROCHA HERRERA, M. “Actores No Estatales: grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al derecho penal internacional?” En *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 4, pp. 14-38, 2016 [doi:dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.01](http://dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.01).

<sup>756</sup> Véase BLANC ALTEMIR, A. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona: Ed. Bosch, 1990. pp. 116 y ss.

<sup>757</sup> Véase OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, Madrid: Editorial La Ley,

es una noción inicialmente se encontraba vinculada a la responsabilidad de los Estados<sup>758</sup>. En el “*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados*”, aprobado en primera lectura por la CDI, se puede encontrar una primera distinción relevante. Dicho texto reconocía, en su antiguo artículo 19, el concepto de delitos internacionales y crímenes internacionales<sup>759</sup>. Al respecto el Relator Especial AGO, manifestó la variedad de nomenclaturas que se emplean para referirse a estos hechos, y el problema, o la confusión, que de ello puede derivarse, expresando

“(…) Huelga decir que, al adoptar la denominación de ‘crimen internacional’, la Comisión entiende únicamente referirse a ‘crímenes’ de Estado, a hechos atribuibles al Estado como tal. Nuevamente la Comisión desea poner en guardia contra toda confusión entre la expresión ‘crimen internacional’ (...) y expresiones similares (‘crimen de derecho internacional’, ‘crimen de guerra’, ‘crimen contra la paz’, ‘crimen contra la humanidad’, etc.) utilizadas en una serie de convenciones e instrumentos internacionales para designar determinadas fechorías individuales (...)”<sup>760</sup>.

A pesar que en los instrumentos internacionales propios de la responsabilidad del individuo la nomenclatura es variada, de tal manera que pueden encontrarse referencias

---

2008, pp. 184 a 200.

<sup>758</sup> Véase PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La responsabilidad internacional”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (M. Díez de Velasco), Madrid: Tecnos, 2009. p. 884.

<sup>759</sup> Dicha norma expresaba “1. El hecho de un Estado que constituya una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual sea el objeto de la obligación violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de Derecho Internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial. c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.” COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados”, aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.528/Add. 2, de 16 de julio de 1996.

<sup>760</sup> Vid. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte, p. 117.

diversas como “delitos de derecho internacional”<sup>761</sup>, “crímenes de derecho internacional”<sup>762</sup>, y “offence” o “delito”<sup>763</sup>, para CHINCHÓN ÁLVAREZ

“(…) el problema esencial radica, o radicaba, adicionalmente, en que el antiguo concepto de ‘crimen internacional’, aun sin apenas aparecer expresamente en ningún instrumento internacional propio de la responsabilidad internacional del individuo, parecería presentar cierta *vis atractiva* hacia ese ámbito; siendo que en realidad era un término propio de la responsabilidad internacional del Estado”<sup>764</sup>.

La CDI al describir la violación de una obligación internacional, hace una distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales, donde el primer concepto involucraría “(…) la violación de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto”<sup>765</sup>. A esta categoría conciernen las violaciones graves de obligaciones internacionales esenciales con respecto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, el derecho a la libre determinación de los pueblos, la salvaguardia y protección del medio humano y las violaciones graves y a gran escala de una obligación internacional para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid, entre otras. Un delito internacional por su parte es “(…) cualquier acto internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional”<sup>766</sup>.

Esta diferencia para algunos autores como PELLET respondía a la necesidad de evitar equiparar ciertas conductas como el genocidio con violaciones ordinarias del ordenamiento jurídico internacional, ya que en éstas se afectaría únicamente a los Estados

---

<sup>761</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Artículo 1.

<sup>762</sup> Estatuto de la CPI

<sup>763</sup> Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronave. Artículo 1.

<sup>764</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla: Ediciones Parthenon, 2007. p. 56 y 57.

<sup>765</sup> Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados. Parte 1, artículo 19. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980, Vol. II (segunda parte), pp. 29-32.

<sup>766</sup> *Ibíd.*



parte, mientras que a modo de ejemplo en el caso del genocidio se estaría ante una amenaza para la Comunidad Internacional en su conjunto<sup>767</sup>.

El Relator Especial AGO, a pesar de la aprobación unánime inicial, consideraba que el artículo tal como se encontraba descrito, generaría serias dificultades al momento de ser examinada por los Estados, señalando

“(…) aun cuando en el artículo que nos proponemos aprobar especificamos individualmente las categorías de obligaciones internacionales cuya violación es un crimen internacional, quedará al menos un margen considerable de incertidumbre en cuanto a la inclusión del hecho de un Estado en la categoría de ‘crímenes internacionales’. Habida cuenta de la gravedad de las consecuencias que esa inclusión implica, cabe prever que muchos gobiernos subordinarán nuevamente su aceptación definitiva de la distinción entre dos categorías diferentes de hechos internacionalmente ilícitos a la condición de que la comprobación de la existencia de un ‘crimen internacional’ la haga, en un caso concreto, una instancia internacional, ya sea el Consejo de Seguridad o la Corte Internacional de Justicia (…)”<sup>768</sup>.

La idea que había sido expuesta por algunos autores como CARRILLO SALCEDO, admitiendo que la responsabilidad penal de los Estados no es algo inconcebible pero que el propósito de la CDI no perseguía tales órbitas al acuñar el concepto de crimen internacional, sino hacía referencia a una

“(…) institución jurídica muy distinta: la de los hechos internacionalmente ilícitos en los que la relación jurídica de responsabilidad no se limita al ámbito bilateral del Estado víctima y del Estado al que el ilícito internacional es atribuible. Lo que ocurre es que el artículo 19 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados parece romper la dicotomía a la que antes me referí, ya que aunque se refiera a la relación jurídica de responsabilidad tiene una innegable dimensión sancionadora, punitiva, inherente a la relación jurídica de responsabilidad que deriva de los crímenes internacionales, en la medida en que las consecuencias de estos últimos no se limitan a la cesación de la violación y la reparación sino que, por el contrario, van más allá”<sup>769</sup>.

No obstante lo anterior, tal y como lo presentía el Relator Especial, se emitieron dos argumentos que sustentaron la objeciones al artículo, por un lado se sostuvo que no estaba

---

<sup>767</sup> A propósito puede consultarse PÉREZ GIRALDA, A., “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, al fin del camino”, en *Revista Electrónica de Estudios – REEI*, No. 4, 2002, p. 11.

<sup>768</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II, primera parte, p. 58.

<sup>769</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid: Ed. Tecnos, 1995, pp. 121-122.

justificado por el ordenamiento jurídico y práctica internacional una doble categoría de hechos ilícitos internacionales<sup>770</sup>; y por otro se expresó el inconformismo frente a la terminología y consecuencias, que en principio de naturaleza penal se podrían dar en contra de los Estados<sup>771</sup>. Esta última puede considerarse como la principal razón por la que la CDI en sus Comentarios al Proyecto de artículos aprobado en segunda lectura, manifestara que

“(…) desde el primer momento se reconoció que esa doctrina tenía repercusiones para las normas secundarias de la responsabilidad del Estado que deberían reflejarse de algún modo en los artículos. Al principio se pensó que esto podría hacerse introduciendo una referencia a una categoría de ‘crímenes internacionales del Estado’, en contraste con todos los demás casos de hechos internacionalmente ilícitos (‘delitos internacionales’). Sin embargo, no se han desarrollado las consecuencias penales que entrañan para los Estados las violaciones de esas normas fundamentales”<sup>772</sup>.

Esta argumentación opositora determinó la decisión de modificar este punto y promover una aceptación frente al Proyecto, lo que llevó al Relator Especial CRAWFORD a eliminar el artículo 19 y la referencia al concepto de crimen internacional, reemplazándola por la de “(…) violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho Internacional general” que hoy aparece en el artículo 40 del Proyecto definitivo<sup>773</sup>.

Actualmente parecería que la posibilidad de confundir la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo en el Derecho Internacional por el concepto de crímenes internacionales está a punto de erradicarse, a pesar que una circunstancia fáctica puede conllevar a la aplicación de ambas<sup>774</sup>. El artículo 25 del ECPI, en sus apartados 1 y 4 conducen a esta conclusión, en la medida que dicho Tribunal solo tiene competencia

---

<sup>770</sup> Esta posición fue sustentada por algunos Estados donde se encontraba Australia, Estados Unidos de Norte América, Francia, Grecia, Portugal y Suecia.

<sup>771</sup> Argumentos presentados Austria, España, Finlandia, Israel, Jordania, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paraguay, República Federal de Alemania, Reino Unido y Uruguay, entre otros.

<sup>772</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Comentario al capítulo III del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, p. 301.

<sup>773</sup> Dicha norma expresa “Artículo 40: 1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho Internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.”

<sup>774</sup> A modo de ejemplo encontramos los crímenes de lesa humanidad, donde las estructuras requieren ser mas organizadas y complejas, como el caso de las instituciones públicas, o las desapariciones forzadas o el caso de las torturas, tratos inhumanos o degradantes. Véase CISNEROS TRUJILLO, C. “La prohibición de tratos inhumanos y degradantes en las detenciones policiales o de agentes del Estado en España”. En *Revista Derecho del Estado*. No. 44 (ago. 2019), pp. 161-193. DOI:<https://doi.org/10.18601/01229893.n44.07>.

respecto de personas naturales y nada de lo dispuesto en dicha norma respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales, afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional. Es decir, cuando se esté frente a los delitos o conductas tipificadas bajo la competencia de la Corte<sup>775</sup>, es decir, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, se aplicará la responsabilidad internacional individual.

No obstante, no hay unanimidad frente a los criterios que permiten definir claramente el concepto de crimen internacional y poder diferenciarlo de otras categorías delictivas, a pesar de ello, quienes se han dedicado a estudiar este tema han planteado ciertas circunstancias o características que se hace necesario enunciar. Al respecto podríamos encontrar un término amplio o extensivo; uno jurisdiccional; otro formal; y uno que une todos los anteriores elementos<sup>776</sup>.

Por su parte, el elemento amplio o extensivo, contiene como criterios de carácter sustantivo para determinar si una actuación se trata de un crimen internacional, cuyas características son que la conducta prohibida afecte un interés mundial importante; suponer la vulneración de los principios y valores compartidos por la comunidad internacional; involucrar a diferentes grupos de víctimas y perpetradores, sin importar su nacionalidad; producir un daño a un bien jurídico o persona internacionalmente protegido, de tal manera que su protección exclusivamente pueda darse por medio de una sanción global<sup>777</sup>. Bajo estos criterios, algunos autores como BASSIOUNI determinan las categorías entre crímenes propiamente internacionales, transnacionales, parcialmente internacionales y los internacionales por conveniencia en su persecución<sup>778</sup>.

La categoría jurisdiccional radica en la entidad u órgano competente para el enjuiciamiento y eventual sanción, de tal manera que son delitos aquellos que han sido objeto de análisis o estudio por parte de los Tribunales Penales Internacionales, así

---

<sup>775</sup> ECPI. Artículo 5.

<sup>776</sup> Véase GIL GIL, A. y MACULAN, E. *Derecho penal internacional*, Madrid: Ed. DYKINSON, 2016.

<sup>777</sup> Vid. BASSIOUNI, M. *Introduction to International Criminal Law*, 2 revised edition, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013. p. 142 y ss.

<sup>778</sup> Vid. *Ibíd.* p. 147.

encontramos los crímenes de guerra, contra la humanidad, contra la paz o de agresión y el genocidio<sup>779</sup>.

En el caso del concepto formal, quienes han desarrollado esta idea han establecido que son crímenes internacionales aquellos instaurados por el Derecho Internacional, sin que exista intervención de las legislaciones internas de los Estados<sup>780</sup>. La crítica que ha tenido este postulado es que no existe claridad frente a la consideración de haber sido creado por este ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la cantidad de fuentes que lo forman<sup>781</sup>.

Por último, la posición que une todas las anteriormente enunciadas ha sido defendida por autores como AMBOS<sup>782</sup>, WERLE Y JESSBERGER<sup>783</sup> y GIL GIL<sup>784</sup>, basados en el *Caso Tadic* del TPIY, de tal manera que los crímenes internacionales tienen origen en normas de Derecho Internacional, ya sea tratados o derecho consuetudinario, donde se sancionaban y prohibían ciertas conductas; generan responsabilidad internacional penal e individual; su persecución es autónoma de lo establecido en la regulación interna de los Estados; y afectan los bienes jurídicos de mayor trascendencia para la comunidad internacional.

Conforme a lo anterior, se puede concluir en similar sentido al establecido por GIL GIL que, en la actualidad, los crímenes internacionales son el genocidio, los crímenes de guerra, el crimen de agresión y los crímenes de lesa humanidad, figuras contempladas en el ECPI, los cuales se analizarán en las siguientes líneas.

## **2.- Los Crímenes de Derecho Internacional**

Conforme se enunció en líneas previas, los crímenes internacionales tienen un origen en la responsabilidad de los individuos, por ello, en este trabajo, se propone considerar el concepto de crimen contra el Derecho Internacional para dirigirse a los comportamientos del ser humano identificados por su trascendencia internacional, y que

---

<sup>779</sup> Vid. CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E. *An Introduction of international Criminal Law and Procedure*, Cambridge: CUP, 2014. p. 3.

<sup>780</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Principles of International Criminal Law*, Oxford: OUP, 2014. p. 32.

<sup>781</sup> Vid. GIL GIL, A. y MACULAN, E. “Qué es el derecho penal internacional” en *Derecho penal internacional* Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 37-49, Madrid: Ed. DYKINSON, 2016. p. 44.

<sup>782</sup> AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II, Oxford: OUP, 2013. p. 226.

<sup>783</sup> WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Principles of International Criminal Law*, Oxford: OUP, 2014. p. 32.

<sup>784</sup> GIL GIL, A. *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999. p. 27 y ss.

pueden afectar la paz y seguridad, la libre determinación de los pueblos, la persona humana y/o el medio humano, siguiendo la posición de REMIRO BROTONS, en el sentido que un crimen de Derecho Internacional compone violaciones graves y a escala profunda de los Derechos Humanos, traducida en tipos penales que conducen a la persecución de individuos responsables, como autores, cómplices y encubridores, sean o no agentes del Estado<sup>785</sup>.

Los crímenes internacionales cuya autoría se puede endilgar a los individuos, ha estado relacionada con el desarrollo del principio que impone la responsabilidad penal internacional de los individuos, que por regla general, la jurisdicción interna de los Estados se han ocupado de enjuiciar, investigar y si es del caso sancionar esas conductas, y de forma excepcional, cuando el Estado no han podido o querido hacer frente a la sanción de dicha responsabilidad, se ha debido acudir a una jurisdicción penal internacional, a modo de ejemplo se encuentran los Tribunales Militares de Núremberg y Tokio, el TPIY y el TPIR, y actualmente la CPI.

La existencia de la responsabilidad internacional del individuo está atada a la tipificación de una serie de conductas e ilícitos, es por ello que en el marco del Derecho Penal Internacional<sup>786</sup>, la consagración de los crímenes de Derecho Internacional fue enormemente facilitada por el artículo VI del Estatuto del Tribunal de Núremberg, el cual estipulaba los crímenes contra la paz<sup>787</sup>, crímenes de guerra<sup>788</sup> y crímenes contra la

---

<sup>785</sup> Cfr. REMIRO BROTONS, A., “Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial”, en *El Derecho Penal Internacional*, Enrique Bacigalupo Zapater (Coord.), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 69.

<sup>786</sup> CREUS expresa “(...) El ordenamiento jurídico penal dispone medidas de auxilio a prestar a otros Estados para facilitar la represión internacional del delito. Tal es el contenido de lo que tradicionalmente se denomina Derecho Penal Internacional, cuyos titulares de legislación son los Estados y cuyas normas son de carácter interno de ellos, que se distingue, por tanto, del Derecho Internacional Penal que sería una parte del Derecho Internacional público en el que la comunidad internacional ostenta el carácter de legislador, sus normas son internacionales y normalmente regula los delitos de ese carácter por sus efectos sobre la humanidad y no simplemente sobre los súbditos o intereses de un determinado Estado”. CREUS, C. *Derecho Penal (Parte general)*, Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 110.

<sup>787</sup> Es decir la dirección, la preparación, el inicio o la búsqueda de una guerra de agresión o de una guerra en violación de los tratados, seguros o acuerdos internacionales, o la participación en un plan concertado o en un complot para la perpetración de uno de los actos mencionados.

<sup>788</sup> Es decir la violación de las leyes o usos de la guerra. Estas violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por necesidades militares.

humanidad<sup>789</sup> generan una responsabilidad internacional, y cuya violación puede concluir en el encarcelamiento.

El Estatuto de Núremberg introdujo nuevos enfoques jurídicos que produjeron innovaciones importantes en el Derecho Internacional. En primer lugar, se consideró a los individuos como sujetos de este ordenamiento jurídico, de tal manera que serían responsables de los crímenes que hubieren cometido; en segundo lugar, se admitió que la ley internacional se encuentre por encima del derecho positivo, de esta forma los delitos contra la humanidad debían ser castigados a pesar de la inexistencia de una ley previa<sup>790</sup>; y los crímenes de lesa humanidad fueron técnicamente separados de los crímenes de guerra.

Actualmente, el ECPI dejó a un lado el concepto “*delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*” para darle paso a la de “*crímenes internacionales*”, entendiéndolos como ataques que “(...) constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”<sup>791</sup>. Esta adopción incluye la mayoría de violaciones graves o infracciones graves y exigió adaptar las reglas y principios relativos a los delitos y las penas, entendidos como los bienes jurídicos mas importantes para la Comunidad Internacional, lo que ha sido defendido en diversos convenios y acuerdos internacionales.

Adicionalmente, los delitos internacionales de competencia de la CPI serán exclusivamente los enunciados en el ECPI, excluyendo la posibilidad de acudir a la analogía, y no podrán ser catalogados como delitos políticos o conexos a este, impidiendo la posibilidad de ser susceptibles de amnistía o indultos.

Los crímenes internacionales comparten entre sí elementos comunes en cuanto a la competencia material de la CPI, puesto que tienen un mismo cimiento que se encuentra en

---

<sup>789</sup> Es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevados a cabo, constituyan o no una violación al Derecho interno del país donde hayan sido perpetradas, al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación a él.

<sup>790</sup> La defensa de los acusados en Núremberg y Tokio argumentaron la existencia del principio de derecho penal de que no existe crimen si no hay una ley previa que lo castigue “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Los jueces desestimaron este argumento y juzgaron a los acusados sobre la base de delitos establecidos en el Estatuto del Tribunal, disponiendo que “puede castigarse a los individuos por violaciones del derecho internacional”. Proceso de Núremberg, Noviembre de 1945 – Octubre 1946, Judgement, Tomo I, p. 52. Al respecto se puede consultar CASSESE, A. “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, en la obra *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Londres: Oxford University Press, 2002, Vol. I, pp. 4 y ss.

<sup>791</sup> Preámbulo del ECPI.

la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. Concuerdan a su vez, en poder tener como objeto la protección de la población civil (aunque en el caso de los crímenes de guerra el ámbito de personas protegidas sea mucho más amplio) y serles comunes la mayor parte de las conductas sancionables en las que se concreta su tipificación. A su vez, el artículo 30.1 del ECPI indica el conjunto de elementos de los crímenes que deben ser concurrentes para su configuración, en todos los casos y que, conforme a este precepto normativo, estamos frente al elemento de intencionalidad o *mens rea*, y el elemento material o *actus reus*.

Como se ha venido expresando, la tipificación penal de ciertos actos va atada a la consolidación de la responsabilidad internacional del individuo, y también en la obligación que tienen los Estados para evitar la impunidad, en la medida que se debe propender por respetar y proteger los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción<sup>792</sup>.

Los elementos promueven la claridad y precisiones que son requeridas por el Derecho Penal Internacional, generando una orientación a los jueces y fiscales, velar por los derechos de las personas acusadas, sin perder la efectividad judicial<sup>793</sup>. Fue así como en 1981, en el seno de las Naciones Unidas se consideraron como características del crimen el material, moral, la causalidad y el perjuicio<sup>794</sup>. Por lo anterior, el Derecho Internacional al criminalizar las conductas, se han determinado unos elementos característicos, que pueden ser subjetivos (*mens rea*) y objetivos (*actus reus*) en los diferentes instrumentos internacionales, en los que se articula el análisis que el jurista de la sistemática anglo-americana hace del delito, y guarda cierta similitud con la distinción de la tradición continental entre tipo y culpabilidad.

---

<sup>792</sup> Al respecto se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 4 párr. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el artículo 12 párr. 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos del Hombre.

<sup>793</sup> UN, doc. A/CONF/183/INF/10 de 13 de julio de 1998. *Information conveyed by New Zealand. International Committee of the Red Cross: Statement of 8 July relating to the Bureau discussion paper (A/CONF.183/C.1/L.53)*, p. 3.

<sup>794</sup> CDH, doc. E/CN.4/1426 de 19 de enero de 1981. *Aplicación de la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid*, 117 págs., p. 39.

La expresión *mens rea*<sup>795</sup> (elemento interno) es un término genérico y anglosajón que hace alusión a la disposición mental de quien realiza la conducta, pero que no tiene existencia como tal (según la regla *actus non facit reum nisi mens sit rea*, no hay responsabilidad si no concurren las disposiciones mentales del agente).

Son varias las formas mentales que pueden satisfacerlo, encontrándose la intención (*intent*), que es una disposición mental exigida en algunos delitos y que se agota en la acción voluntaria encaminada a causar un resultado, aunque no sea necesario que éste se produzca; descuido o imprudencia (*recklessness*), donde ciertos delitos exigen únicamente que concurra el abandono por parte del agente respecto de la acción ejecutada. No toda actividad arriesgada implicará descuido, ya que ésta dependerá de la valoración propia que se haga a esa actividad en relación con la gravedad del daño que se puede causar y de los eventuales beneficios que se puedan obtener; negligencia (*criminal negligence*), donde la conducta de una persona en relación con el riesgo razonable se sitúa por debajo del estándar exigible a sujeto prudente, lo que no suele ser suficiente para satisfacer la *mens rea* y suele confundirse con la figura de la intención; conocimiento (*knowledge*), la cual no suele ser tratado como una disposición mental independiente, sino que es entendido como un requisito de toda práctica mental a excepción de la imprudencia objetiva y la negligencia<sup>796</sup>.

Estos puntos han sido contemplados para el caso de los crímenes internacionales, principalmente en el artículo 30 del ECPI, donde la jurisdicción de la CPI exige que los delitos se realicen con intención y conocimiento<sup>797</sup>.

En lo que tiene que ver con el elemento de intencionalidad, estamos frente a que el hecho punible se ejecute con propósito y conocimiento. Frente a lo primero, se hace referencia a los características materiales de conducta y consecuencia, de tal manera que deberá probarse el objetivo de ejecutar el acto criminal y concurrentemente, buscar la

---

<sup>795</sup> Véase VALLINI, A. “El *mens rea*”. En *Introducción al Derecho Penal Internacional*, Trad. Yesid Viveros Castellanos, Bogotá D.C.: Universidad Libre, 2006. pp. 177 y ss.

<sup>796</sup> Vid. MELERO MERINO, F.J., “Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, 1994, pp. 81-104.

<sup>797</sup> Justamente en este sentido se pronuncia el artículo 30 del ECPI expresando “Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”.



intención de causar un resultado<sup>798</sup>. En lo que tiene que ver con el segundo, nos situamos en el campo de la conciencia de las circunstancias y de las consecuencias previsibles de la conducta<sup>799</sup>. La jurisprudencia de la CPI ha confirmado la obligatoriedad de estos elementos para el caso de los crímenes internacionales<sup>800</sup>, puesto que deben analizarse al momento de su comisión de manera exhaustiva.

Por su parte, los elementos materiales y objetivos o *actus reus*, a pesar de no ser definidos en el ECPI, se asocian a los conceptos de conducta y consecuencia o circunstancia. La primera puede ser de acción u omisión, caso en el cual para que genere una responsabilidad penal internacional debe encontrarse expresamente en la tipificación del crimen o en una obligación previa de actuar para impedir el crimen resultante<sup>801</sup>. La consecuencia es el resultado o daño producido con la conducta, que a pesar de no tener una referencia directa, de algunos delitos como el homicidio intencional<sup>802</sup>, o la mutilación<sup>803</sup>, se deduce este requerimiento.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que las diferencias entre estas figuras se derivan, en primer lugar, del contexto particular en el que se cometen cada uno de estos crímenes, lo que permite diferenciar los crímenes de lesa humanidad de los crímenes de guerra, puesto que éstos demandan que su comisión se haya emanado en el marco de un contexto armado. Por su parte, el crimen de genocidio se diferencia de los crímenes de lesa humanidad por requerir la intención especial o calificada de exterminar a un grupo humano.

La práctica de los Tribunales penales *ad hoc* y de la CPI ha recalcado que un sujeto puede responder acumulativamente por la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (*casos Kordic y Cerzec, Kunarac, Kovac y Vukovic*)<sup>804</sup> o de crímenes de

---

<sup>798</sup> Artículo 30.2 del ECPI.

<sup>799</sup> Artículo 30.3 del ECPI.

<sup>800</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 351; CPI, *Caso The prosecutor C. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 529.

<sup>801</sup> Vid. ESTUPIÑÁN SILVA, R. *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013, p. 59.

<sup>802</sup> Artículo 8.2.a).i. del ECPI.

<sup>803</sup> (Artículo 8.2.c).i. del ECPI)

<sup>804</sup> En lo atinente a la Corte Penal Internacional se puede encontrar CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-

lesa humanidad y genocidio (*casos Ayakesu, Musema, Rutaganda*), lo que denota que la relación entre estos crímenes de Derecho Internacional formula un debate que parece estar lejos de ser cerrado.

Así, por lo que se refiere a la relación entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, parece que la solución más adecuada sería considerar la existencia de un concurso ideal de delitos, en la medida en que cada uno de ellos se compone de elementos distintos y protege bienes jurídicos disímiles<sup>805</sup>. Por su parte, no habría lugar a la aplicación de un concurso de leyes entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, puesto que no se puede catalogar que uno sea un tipo general y otro un tipo especial.

Sin embargo, por lo que respecta a la relación concursal entre los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, hay una opinión favorable a considerar la existencia de una relación de concurso de leyes, estimando que el genocidio podría considerarse como un tipo especial respecto de los crímenes de lesa humanidad<sup>806</sup>.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con Colombia, la suscripción del ECPI y de otros pactos internacionales, genera la obligación de criminalizar las conductas catalogadas como crímenes internacionales en el territorio de su jurisdicción<sup>807</sup>, así como también el deber de perseguir y sancionarlos. La forma como se ha cumplido en el caso colombiano ha sido la tipificación de las conductas en diferentes títulos, más no imponer un capítulo específico relacionado con los delitos contra el Derecho Internacional<sup>808</sup>.

La necesidad de la implementación de los crímenes internacionales está relacionada con el principio de legalidad, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de manera escrita, previa, estricta y cierta<sup>809</sup>. Este ha sido un punto bastante controversial, en

---

01/08-424; y CPI, *Caso The persecutor c. Ali Kushayb*, Pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 27 de abril de 2007 (Orden de arresto). No. ICC-02/05-01/07-2.

<sup>805</sup> Vid. SÁNCHEZ PATRÓN, J., “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, *Revista española de derecho militar*, núm. 78, 2001, pp. 53-86.

<sup>806</sup> Vid. BOLLO AROCENA, M.D., *Derecho Internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*, Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2004.

<sup>807</sup> Véase ZAFFARONI, E. *Hacia dónde va el poder punitivo*. Medellín: Ed. Universidad de Medellín Sello Editorial, 2009. p. 124.

<sup>808</sup> Cfr. CARRANZA PIÑA, J. E. *Infracciones graves al derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad en el código penal*. Bogotá D.C.: Ed. Nueva Jurídica, 2013. pp. 509 y ss.

<sup>809</sup> En el mismo sentido se pronuncian los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.

la medida que si bien es cierto la vigencia de los crímenes internacionales no depende de la correspondiente criminalización interna, para poder continuar con las sanciones y castigos al interior de los Estados<sup>810</sup>, se requeriría que el Código Penal defina los delitos y les asigne las correspondientes penas, lo que como se verá en el caso colombiano no está del todo claro en el caso de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Lo que si resulta evidente es que de la lectura del ECPI y de la Constitución Política de Colombia, nos encontramos con la situación que en ciertos temas se está ante tratamientos diferentes. A modo de ejemplo, el principio de legalidad en el ECPI es más flexible que en la Constitución Colombiana o la reclusión a perpetuidad, que puede ser aplicada por la CPI, es una pena prohibida en Colombia. Ante esto, la Corte Constitucional consideró que no todas las normas del ECPI hacen parte del bloque de constitucionalidad, de tal manera que no tienen aplicación automática, y que solo serían aplicables para los procesos que se adelanten ante la CPI, siendo complementario y subsidiario al ordenamiento jurídico nacional<sup>811</sup>, cuando exista falta de voluntad o incapacidad del Estado para cumplir con el deber fundamental de proteger los Derechos Humanos de las personas que residen en su territorio y de sancionar las graves violaciones.

Bajo esta óptica, teniendo en cuenta que en el marco de la justicia transicional el ejercicio de la acción penal se concentra en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, se hace necesario analizar los elementos y requisitos que contienen estas conductas, ya que como lo ha establecido la Corte Constitucional, las víctimas tienen derecho a que, como mínimo, se enjuicien estos hechos<sup>812</sup>. Al respecto, esta corporación ha expresado

“(…) La obligación del Estado de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y violaciones a los derechos humanos se refiere a los delitos de lesa humanidad, a los crímenes de guerra y al genocidio, los cuales a su vez reúnen conductas que son consideradas como graves violaciones a los derechos humanos”<sup>813</sup>.

---

<sup>810</sup> Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Iniciativa de persecución penal. En *Judicialización de crímenes de sistema*, Michael Reed Hurtado (Ed.), Bogotá D.C.: Ed. Centro Internacional de Justicia Transicional, 2008. p. 48 y 49.

<sup>811</sup> Cfr. Corte Constitucional en Sentencia C – 578 de 2002. Esta posición fue reiterada en la Sentencia C – 488 de 2009 y Sentencia C – 801 de 2009.

<sup>812</sup> Corte Constitucional en Sentencia C – 674 de 2017.

<sup>813</sup> Corte Constitucional en Sentencia C – 579 de 2013.

En el presente acápite del escrito, se referirá a los elementos de los crímenes internacionales, su naturaleza y características, sin apartarnos de su importancia e implicación en la regulación colombiana. Se hace necesario aclarar que no se analizará el crimen de agresión, porque no responde al supuesto manifestado de atentar contra las personas, sino que la vulneración o sujeto pasivo es un Estado, afectado los bienes jurídicos de la paz y seguridad internacionales<sup>814</sup>.

## **2.1.- Los Crímenes de guerra**

### **2.1.1.- Concepto**

La expresión crímenes de guerra surge en relación con la evolución del Derecho Internacional, estrechamente vinculada con el principio de responsabilidad penal individual, puesto que la responsabilidad del Estado resulta insuficiente frente a los aspectos preventivos como represivos.

La gradual humanización de los métodos para hacer la guerra y su consagración en normas convencionales, son de progreso reciente, puesto que es hasta a finales del Siglo XIX que se produce el desarrollo de lo denominado “*leyes y costumbres de la guerra*”. En los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 se crean los derechos y deberes de los beligerantes, restringiendo los medios utilizados en la conducción de las hostilidades, el requerimiento de humanidad, quedó plasmada en la *Cláusula Martens*<sup>815</sup>.

No obstante a lo anterior, fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial donde se surtieron las primeras incriminaciones por la comisión de actos contrarios a las leyes de la guerra, de alguna manera los Estados vencedores buscaron que se diera una persecución general por la violación a las reglas establecidas, puesto que ello hubiera conducido a la sanción de algunas de sus propias conductas<sup>816</sup>. Esta circunstancia evidenció deficiencias en cuanto a la protección de las víctimas de la guerra y que cada vez hacían más parte de la

---

<sup>814</sup> Véase el artículo 8 bis del ECPI, donde se tipifica el delito de agresión.

<sup>815</sup> Véase TICEHURST, R., “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *RICR*, No. 140, 1997. El preámbulo de aquella norma de 1907 es “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

<sup>816</sup> Vid. JORGE URBINA, J., *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 112 y ss.

población civil, lo que impulsó a los Estados conjuntamente con el Comité Internacional de la Cruz Roja, a partir de 1945, a revisar y mejorar estos aspectos<sup>817</sup>.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945 en su artículo 6. c) califica este tipo de delitos como aquellas violaciones de las leyes o usos de guerra<sup>818</sup>. Si bien es cierto, se podría confundir en la concepción clásica de crímenes internacionales, donde la responsabilidad es del Estado, se consideró que, en una aplicación estricta, es decir, delimitar la gravedad de las violaciones de tal manera que se aplicaría para casos concretos.

Posteriormente, los Cuatro Convenios de Ginebra, producto de la Conferencia Diplomática convocada por el Gobierno Suizo en 1949, donde participaron 64 países, pueden ser considerados como el máximo exponente normativo referente al Derecho Humanitario de la guerra, ofreciendo la consagración más detallada y completa de las conductas que se pueden catalogar como contrarias a las denominadas “*leyes y costumbres de la guerra*”.

Estos Convenios contienen los fundamentos principales referentes a la intangibilidad de los derechos de las personas protegidas, los cuales son irrenunciables e imprescriptibles, comprendiendo un control al cumplimiento de las obligaciones contempladas, sosteniendo la *Cláusula Martens* de tal manera que protegía a los sujetos independiente de cualquier disposición convencional, adicionalmente se restringe la responsabilidad penal individual a aquellos casos calificados como infracciones graves. A su vez, el artículo 3 común a los Cuatro Convenios, impone las condiciones básicas a tener en cuenta en cualquier clase de conflicto, sea interno o internacional, donde se prohíbe atentar contra la vida y la integridad personal en cualquier tiempo y lugar, especialmente lo que tiene que ver con el asesinato en cualquiera de sus modalidades, mutilaciones, toma de

---

<sup>817</sup> Vid. QUINTANO REPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955-1957. p. 589.

<sup>818</sup> El artículo 6 b) del Estatuto del Tribunal de Núremberg afirma “CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.

rehenes, y los tratos humillantes y degradantes y las ejecuciones sin juzgamiento previo ante tribunal competente<sup>819</sup>.

Los Convenios de Ginebra tienen como característica la ausencia de definición de crímenes de guerra, limitándose a una enumeración de conductas cuya comisión determinará una serie de obligaciones para los Estados. Aquí es donde juega un papel preponderante la afirmación “*infracciones graves*”, puesto que se opta por determinar aquellos actos cuyas consecuencias vendrán determinadas por su naturaleza, más no por su calificación. Este punto ha sido duramente criticado por la literatura<sup>820</sup>.

Estos Convenios fueron complementados en 1977 con la aprobación de los Protocolos Adicionales. El primero relativo a la protección de las víctimas en los conflictos internacionales, y el segundo referente a las garantías y derechos de los heridos, enfermos y prisioneros de guerra y población civil en conflictos no internacionales. Infortunadamente solo el primer Protocolo contempla sanciones por las violaciones del derecho de guerra, mientras que en el caso de confrontaciones bélicas que no tengan esta naturaleza no tienen una orientación análoga, denotando la renuencia de los Estados de calificar como crímenes internacionales aquellas infracciones cometidas en curso de un conflicto interno que pudiera servir como fundamento para aplicar la responsabilidad internacional del individuo.

La sanción de las conductas descritas en estos instrumentos internacionales quedó en manos de los Estados, constituyéndose el deber de buscar a las personas responsables y conducirlos ante sus propios jueces, sin distinción de la nacionalidad o el territorio donde fuera cometido la infracción, dándole mayor relevancia al principio de jurisdicción universal.

La labor de la CDI relacionada con el Proyecto de Código de Crímenes de 1996, continúa con esta distinción entre actos cometidos en un conflicto internacional y en uno interno, manteniendo lo desarrollado hasta la fecha por el ordenamiento jurídico internacional. No obstante, en la actualidad, diversos Estados han dejado a un lado esta diferencia, en la medida que se ha igualado los crímenes de guerra a cualquier violación del

---

<sup>819</sup> Vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SÁNCHEZ LEGIDO, A. y ORTEGA TEROL, J. M., *Manual de Derecho Internacional público*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004. p. 612.

<sup>820</sup> Vid. RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001. p. 117-119.

Derecho Humanitario, ya sea cometida en el contexto de un conflicto armado internacional o en uno interno.

Justamente en los Estatutos de los TPIY y TPIR e incluso en el ECPI se pusieron de manifiesto estos interrogantes, al punto que actualmente se considera aún existen umbrales que determinan cierta jerarquización de los crímenes de guerra, donde están unos que revisten una gravedad mayor que otros.

Para el caso de los conflictos armados internos, el TPIY en el *Caso Tadic* se dio una tendencia hacia ampliar la aplicación de los Convenios de Ginebra a estas contiendas bélicas, no obstante, se concluyó que el artículo 2 del Estatuto de dicho Tribunal se aplica exclusivamente para crímenes cometidos en el contexto de conflictos internacionales<sup>821</sup>. Posición diferente sucede con el artículo 3, el cual estaba dedicado a la reglamentación de las violaciones de las leyes o usos de guerra, cuya característica fue la indeterminación puesto que la tipificación se encontraba abierta y la ausencia de referente convencional, lo que para algunos autores puede ser considerada como la consolidación criminalización de los crímenes de guerra cometidos en el marco de conflictos internos<sup>822</sup>.

Por su parte, el artículo 8 del ECPI contempla los crímenes de guerra, estableciendo como características principales que ratifica la responsabilidad individual por la comisión de estos actos, la cual será aplicable tanto a conflictos internacionales como no internacionales, superando la discusión que se venía dando al respecto; acepta la competencia del CPI para juzgar a los individuos autores de crímenes de guerra en conflictos internos describiendo conductas muy pormenorizadas, lo que se constituye en un progreso que no tenía precedentes; penaliza conductas que afectan a la protección de las personas indefensas, así como las relacionadas a las técnicas utilizadas durante la guerra, consolidando lo que determinaba el Derecho de Ginebra y de La Haya, dividiendo los delitos en dos categorías, por un lado infracciones graves de los Convenios de Ginebra

---

<sup>821</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-I-T. párr. 84.

<sup>822</sup> Vid. RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001. p. 123 y 124.

contra los bienes y personas protegidos por las disposiciones del Convenio<sup>823</sup> y por otro lo que se denomina otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos<sup>824</sup>.

A su vez, del mismo artículo del ECPI<sup>825</sup> tipifica las conductas y se puede deducir que se protegen bienes jurídicos personalísimos y fundamentales como la vida, la integridad física, la salud, libertad, integridad moral, etc.; y bienes jurídicos colectivos como la seguridad, administración de justicia, etc. A la hora de analizar los hechos, se deberá remitir a esta norma, así como también al Derecho de la Haya y demás Convenios aplicables, puesto que la norma internacional que consagra la CPI hace una remisión directa a los mismos.

### **2.1.2.- Elementos esenciales.**

Los crímenes de guerra son “(...) ciertas violaciones graves del derecho de los conflictos armados que los Estados decidieron sancionar en el ámbito internacional”<sup>826</sup>. Esta definición, permite precisar cuáles son los ilícitos que hacen parte de esta categoría, puesto que en algunas ocasiones ha sido confundido con otras infracciones internacionales como los crímenes contra la humanidad o los actos de terrorismo.

Como se expresó anteriormente, los crímenes internacionales tienen como característica común el elemento subjetivo y el elemento objetivo. Analizando este punto, el requerimiento frente al primero ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional penal y la doctrina, entendiéndose como el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual, siendo el primero el elemento de imputación subjetiva por excelencia, incluso la CPI ha determinado que la intención y el conocimiento son acumulativos en este caso<sup>827</sup> (con excepción de algunos crímenes como el saber de la edad

---

<sup>823</sup> Se hace referencia a las conductas de matar intencionalmente; someter a tortura, infligir grandes sufrimientos, destruir bienes o apropiarse de ellos; obligar a los prisioneros a prestar servicio a la potencia enemiga; privación a un prisionero de guerra del derecho a un juicio imparcial; confinación o traslado forzoso; tomar rehenes.

<sup>824</sup> Se establece una enunciación de conductas ilegales siempre dirigidas contra la población no combatiente o el uso de medios y métodos de guerra crueles o innecesarios.

<sup>825</sup> Por la gran extensión de la norma no se transcribe.

<sup>826</sup> DAVID, E. *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas: Universidad Libre de Bruselas, 1999. p. 578.

<sup>827</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 351; CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 529.



en el reclutamiento de menores de 15 años<sup>828</sup>), lo que conduce a concluir que por regla general el autor sabe que su conducta producirá las consecuencias materiales de un crimen, y las realiza con la intención concreta de provocarlos<sup>829</sup>.

En el caso del dolo directo de segundo grado, el autor no tiene la intención concreta de generar los elementos objetivos del crimen, pero conoce que los mismos se darán como resultado de su actuar, toda vez que se encuentran relacionados con su conducta. Para la jurisprudencia del TPIY y la CPI, el dolo directo de segundo grado tiene la misma aceptación que el dolo directo de primer grado<sup>830</sup>.

En lo que tiene que ver con el dolo eventual, para el caso de los crímenes de guerra ha sido aceptado por la jurisprudencia del TPIY<sup>831</sup>, adoptando la teoría de la probabilidad, es decir, en la conciencia que tiene el autor del riesgo de producir los elementos materiales del delito y su decisión de actuar a pesar de ello<sup>832</sup>. Para el caso de la CPI, esta figura ha tenido un desarrollo diferente en la medida que una parte de la jurisprudencia la ha incluido en dos términos, por un lado cuando existe un alto grado de probabilidad que se dé el resultado, considerando que poco importa la actitud interna del actor, privilegiando que se haya actuado a pesar de tener el conocimiento del peligro inminente de su acto<sup>833</sup>; por otro cuando el riesgo que se produzcan los elementos del crimen es reducido, se aceptó el dolo eventual bajo la teoría del consentimiento, en la cual se requiere que el autor sea consciente del resultado criminal hasta llegar al punto de aprobarlo directamente<sup>834</sup>.

---

<sup>828</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 359.

<sup>829</sup> Vid. ESER, A. “Mental Elements-Mistakes of Fact and Mistakes of Law”. En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Coord. por Antonio Cassese; Paola Gaeta; J. R. W. D. Jones, vol. I, 1st edition, 2002, New York: Oxford University Press, 2018. pp. 889-948, p. 909.

<sup>830</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Milomir Stakic*, sentencia de 31 de Julio de 2003, No. IT-97-24- T, párr. 496; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842. par. 602.

<sup>831</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T. párr. 220.

<sup>832</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal: Parte general*, 3a edición, Barcelona: Ediciones PPU, 1990, p. 264; RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Ediciones José María Bosch, 1999, pp. 67-68.

<sup>833</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 352.

<sup>834</sup> *Ibíd.* párr. 353 y 354.

En cualquier caso, la jurisprudencia internacional ha excluido la posibilidad de aplicar la negligencia o culpa con representación como prueba del elemento subjetivo de los crímenes de guerra, al no cumplir con la condición de intención o conocimiento<sup>835</sup>.

Otro elemento, considerado como objetivo es que la conducta sea realizada en el marco de un conflicto armado, toda vez que el ECPI agrupó las definiciones de crímenes de guerra en cuatro categorías, dos de ellas frente a contiendas internacionales y las otras dos a no internacionales. Si bien es cierto no existe una definición positiva sobre esta figura en el Derecho Internacional, se ha considerado que presupone el recurso a la fuerza o a la violencia armada entre diferentes actores, que pueden ser estatales o no estatales<sup>836</sup>, analizando la intensidad del conflicto y la organización de las partes, con el propósito de diferenciarlo de otras circunstancias fácticas como puede ser las conmociones internas, la criminalidad común o actividades terroristas<sup>837</sup>, que para el caso de los conflictos no internacionales debe valorarse objetivamente de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 común del Segundo Protocolo Adicional a los Convenio de Ginebra de 1977<sup>838</sup>, tal como se explicó en líneas anteriores en lo que tiene que ver con la confrontación colombiana.

La calificación de un conflicto como internacional o no internacional en principio parecería sencilla en la medida que se analizaría si ocurre entre dos o más Estados, o si tiene lugar en el territorio de uno exclusivamente entre fuerzas pertenecientes a él. No obstante lo anterior, no queda del todo claro si la intervención o participación extranjera puede volver una contienda bélica como internacional, para lo cual conforme a la jurisprudencia deberá analizarse si se trata de órganos de facto del Estado y si se tiene un control general y suficiente sobre dichas fuerzas, sin que sea necesario la emisión de instrucciones específicas a los miembros del grupo o sus dirigentes<sup>839</sup>, circunstancia contraria para el caso de grupos organizados militarmente, donde si deben darse las indicaciones cuyo propósito sea la comisión de actos concretos<sup>840</sup>.

---

<sup>835</sup> Ibíd. párr. 355; TPIY. *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T. párr. 220.

<sup>836</sup> TPIY. *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T. par. 561.

<sup>837</sup> TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, par. 620 y 625.

<sup>838</sup> Ibíd. par. 603.

<sup>839</sup> TPIY. *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T. párr. 131 y 137.

<sup>840</sup> Ibíd. párr. 132, 137, 141 y ss.

Lo anterior lleva a concluir que debe existir una conexión entre la conducta y el conflicto, demostrándose como lo ha denotado el TPIY que los hechos tuvieron lugar en el curso de las hostilidades<sup>841</sup> y en un espacio o conjunto geográfico o territorial, entendiéndose no exclusivamente al lugar donde se desarrolló el hecho<sup>842</sup>. Este punto resulta trascendental para delimitar aquellos delitos comunes que se cometen en tiempos de conflicto, con aquellos que se catalogan como crímenes de guerra.

A su vez, el ECPI establece que será de competencia de la CPI únicamente aquellos crímenes de guerra que se cometan como parte de un plan o política o como parte de la realización en gran escala de dichas conductas<sup>843</sup>. De esta forma se circunscribe a aquellos actos que se realicen en el marco o en conexidad de un conflicto armado, o que se hayan planeado y se cometan como parte de conductas elaboradas y ordenadas por un Estado o por grupos armados, o la contienda bélica se esté dando a gran escala, es decir, afectando a un conjunto de personas de manera generalizada. Respecto a la intención del autor, se requiere que conozca las circunstancias fácticas que determinan la existencia de un conflicto<sup>844</sup>, más no un análisis jurídico del mismo, cumpliéndose así lo establecido en el artículo 30 del ECPI<sup>845</sup>.

El resultado de la evolución de esta figura determina que en la actualidad existe un concepto unificado respecto al crimen de guerra entorno a tres características. En primer lugar, la gravedad de las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra; en segundo término, la extensión de su aplicación a los conflictos armados no internacionales; y por último la inclusión en esta categoría de las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra<sup>846</sup>.

---

<sup>841</sup> TPIY. *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T. párr. 573.

<sup>842</sup> *Ibíd.* párr. 575-576.

<sup>843</sup> Artículo 8.1. ECPI.

<sup>844</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842. par. 1016.

<sup>845</sup> Al respecto y para mayor profundidad, puede consultarse DÖRMANN, K., “Crímenes de guerra en los elementos de los crímenes”. En *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Coord. por Kai Ambos, pp. 105-157, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

<sup>846</sup> Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, en *R. des. C.*, núm. 280, 1999, p. 353.

### 2.1.3.- Los crímenes de guerra en el derecho interno colombiano

Como se enunció anteriormente, en lo que tiene que ver con el ordenamiento jurídico colombiano, el tratamiento que se le ha dado a los crímenes de guerra y a los demás delitos de Derecho Internacional ha surtido una evolución relacionada directamente con el conflicto que ha padecido y la influencia de este ordenamiento jurídico aplicable a dichos casos, principalmente desde la expedición de la Constitución Política de 1991.

Colombia observando lo anterior, logró la adhesión de la regulación penal, y en especial en lo que tiene que ver con los crímenes de guerra descritos en el ECPI al bloque de constitucionalidad, y avanzó hacia un derecho penal de bases sólidas y modernas fundadas en la Constitución<sup>847</sup>, en los instrumentos<sup>848</sup> y en la jurisprudencia internacionales, teniendo en cuenta que muchas de las conductas violatorias de los Derechos Humanos constituyen a la vez infracciones al DIH, se debió adaptar la legislación interna, estableciendo la imprescriptibilidad de la acción penal para ciertos comportamientos y dedicó el Título II de la Ley 599 de 2000 – Código Penal, capítulo único e integrado por 30 artículos (135 a 164) que describen conductas consideradas como delitos contra los bienes<sup>849</sup> y personas protegidas<sup>850</sup> por dicho ordenamiento jurídico,

---

<sup>847</sup> Esto se puede observar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sentencia C – 574 de 1992 y Sentencia C – 225 de 1995.

<sup>848</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C – 578 de 2002 expresa “Encuentra la Corte que las definiciones sobre crímenes de guerra protegen la efectividad del derecho a la vida (artículo 11), a la integridad física; el respeto a la prohibición de desapariciones y torturas (artículo 12), y a la prohibición de la esclavitud (artículo 17). Igualmente, propenden el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de respeto al Derecho Internacional Humanitario asumidos soberanamente por Colombia al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994). Adicionalmente, como los eventos descritos como conflicto armado de carácter internacional e interno pueden dar lugar a la aplicación de medidas propias de los estados de excepción (artículo 212 y 213, CP), las normas del Estatuto que describen las conductas tipificadas como crímenes de guerra garantizan la prevalencia y efectividad de los derechos cuya suspensión se prohíbe aun durante dichos estados (artículo 93 CP). La condición de que las políticas de orden público sean adelantadas por cualquier medio siempre que este sea “legítimo”, reafirma este propósito de propender el respeto al marco jurídico democrático nacional e internacional”.

<sup>849</sup> El parágrafo del artículo 154 considera como bienes protegidos: 1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares. 2. Los culturales y los lugares destinados al culto. 3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil. 4. Los elementos que integran el medio ambiente natural. 5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

<sup>850</sup> Sobre las personas protegidas, el parágrafo del artículo 135 del Código Penal considera que son: 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella

trasponiendo casi en su totalidad lo estipulado en el artículo 8 del ECPI<sup>851</sup>, y debiendo acudir a los componentes normativos dispuestos para los conflictos armados, y excluyendo la posibilidad de otorgar los beneficios penales propios de los sistemas de justicia transicional.

La Corte Constitucional ha definido los crímenes de guerra como “(...) ciertas violaciones graves del derecho de los conflictos armados que los Estados decidieron sancionar en el ámbito internacional”<sup>852</sup>. Adicionalmente, esta corporación ha enunciado que dentro del listado de conductas constitutivas de crímenes de guerra, se abarcan conductas que se han reconocido como graves vulneraciones a los Derechos Humanos, aunque se requiera a su vez el elemento de nexos con el conflicto armado<sup>853</sup>. Ello podrá analizarse principalmente en aquellos casos relacionados con detenciones arbitrarias y prolongadas, violencia sexual contra las mujeres o desplazamiento forzado.

Los crímenes contra personas protegidas por el DIH reposan sobre la protección de los derechos a la vida, la integridad personal y las libertades individuales y colectivas, es decir, sobre derechos inderogables, incluyendo los combatientes que han depuesto las armas<sup>854</sup>. Estas conductas penales son completadas por los delitos que configuran atentados contra los bienes protegidos en el marco de la guerra. Con la tipificación de dichos actos el Estado cumple con la obligación de adoptar las normas penales necesarias para investigar y castigar a los responsables de las infracciones descritas en las normas convencionales, que no obstante contar con vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano, no contaban con una aplicación puesto que no contenían sanciones punitivas y algunos conceptos deben interpretarse a la luz del Derecho Internacional, de tal manera que como lo expresa

---

condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

<sup>851</sup> Al respecto se puede ver el análisis realizado en ESTUPIÑÁN SILVA, R., *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013, p. 48 y ss; y APONTE, A. “Colombia” En *Persecución Penal Nacional de los Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (Ed.), Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003. pp. 201-258.

<sup>852</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 1076 de 2002.

<sup>853</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013.

<sup>854</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C – 291 de 2007 al respecto enuncia “(...) el término ‘combatientes’- se refiere a una de las sub-categorías de las personas fuera de combate, en tanto una de las diversas categorías de ‘personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario’ –las personas que han participado en las hostilidades y ya no lo hacen por haber depuesto las armas por captura, rendición u otra causa similar-”.

OSPITIA GARZÓN “(...) puede afirmarse que el Código Penal, a través de la Ley 599 de 2000, introdujo el auténtico derecho penal de guerra”<sup>855</sup>.

Cabe resaltar que no puede reducirse mediante disposiciones legislativas el espectro de aplicación de los crímenes internacionales<sup>856</sup>. Por ello, se establece como elemento normativo una situación que califica el acto y es que debe darse “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*”, es decir queda claramente descrita la circunstancia contextual. Al no realizarse distinción en la definición de tales criterios sobre la naturaleza del conflicto armado, se debe concluir que estos supuestos normativos hacen referencia tanto a los conflictos armados internacionales como a aquellos de carácter internos, como el caso que se vive en Colombia, tal como se enunció en líneas previas.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, acogiendo las características descritas en el Derecho Penal Internacional, expresando

“(...) la necesidad de que [el hecho] no sea aislado, y particularmente en el caso de los crímenes de guerra a que tenga un nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política, pues es claro que el conflicto armado exige per se una violencia generalizada contra la población civil que a través de una investigación de contexto permita diferenciarla de crímenes ordinarios como de un daño en bien ajeno o de un homicidio”<sup>857</sup>.

En cuanto al autor de la conducta, en principio puede ser indeterminado, es decir, cualquier persona natural, sea nacional o extranjera, autoridad, funcionario público o militar o particular. No obstante, debe tener la calidad de ser parte del conflicto, lo que limitaría la comisión en aquellos sujetos que pertenecen a la Fuerza Pública (Fuerzas Militares o Policía Nacional) o ser miembro del grupo armado ilegal organizado, sin importar la naturaleza del conflicto armado.

En la práctica jurídica, el Fiscal (sujeto encargado de la investigación y acción penal en Colombia) y los jueces deben realizar un análisis profundo de cada caso en concreto, en la medida que las conductas descritas contienen unas características que las vuelven norma

---

<sup>855</sup> OSPITIA GARZÓN, O. “Crímenes de guerra y conflicto armado interno”. En *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 27, No. 81 (2006), pp. 119-134. p. 131.

<sup>856</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 291 de 2007. A modo de ejemplo se encuentran los delitos establecidos en los artículos 152 y 161 del Código Penal, donde se sanciona la “omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria a personas protegidas” y “la omisión de medidas de protección a la población civil”.

<sup>857</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 007 de 2018. Posición reiterada en la Sentencia C – 080 de 2018.

especial (a modo de ejemplo el artículo 135 del Código Penal hace referencia al homicidio en persona protegida y el 103 a homicidio simple), para determinar en qué circunstancia fáctica se califica como crimen de guerra y en cuales no<sup>858</sup>.

En este punto, el nexo entre el crimen de guerra y el conflicto armado se constituye en un elemento trascendental, el cual ha sido aplicado en los denominados “falsos positivos”<sup>859</sup>. Desafortunadamente, en la aplicación práctica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha formulado una jerarquía entre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, donde el primero ha pasado a un segundo plano, puesto que se ha considerado que estos últimos contienen una mayor gravedad<sup>860</sup>. Este Tribunal ha expresado

“Por eso, desde la perspectiva de la gravedad, si bien es cierto que el desvalor causado por una determinada conducta que al mismo tiempo puede constituir un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un delito común, dependerá en última instancia de la naturaleza de los bienes jurídicos individuales afectados, ha de admitirse que cuando ellos coinciden (vida, integridad física, integridad psicológica, libertad sexual, etc.), debe considerarse que el desvalor derivado de que la existencia de un conflicto armado haya jugado un papel sustancial en la decisión del autor de llevar a cabo una conducta, en su capacidad de realizarse o en la manera en que la misma fue finalmente ejecutada, no es comparable con el desvalor generado cuando se considera que la conducta formó parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil (...)”<sup>861</sup>.

Al respecto, es importante manifestar que la jurisprudencia internacional ha sido contundente en afirmar que no existe jerarquías entre los crímenes de derecho internacional, puesto que los mismos protegen bienes jurídicos distintos<sup>862</sup> y contienen

---

<sup>858</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Caso Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las Autodefensas*. Sentencia de 5 de diciembre de 2018, Rad. 50236.

<sup>859</sup> Este punto se puede observar en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Caso Ejecuciones arbitrarias*, Sentencia de 27 de julio de 2009, Rad. 31914, p. 6.; y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Caso Masacre Río Frío*, Auto de 6 de marzo de 2003, Rad. 17550, p. 2 y 3.

<sup>860</sup> A modo de ejemplo, las ejecuciones extrajudiciales han sido procesadas como homicidio agravado, o el homicidio intencional y la tortura en persona protegida han sido calificadas como desaparición forzada agravada.

<sup>861</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Caso La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, Auto de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022, pp. 227-228.

<sup>862</sup> El TPIR al respecto manifestó “Por el contrario, la Cámara no considera que ninguno de los genocidios, crímenes de lesa humanidad y violaciones del artículo 3 comunes a los Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional II sean formas menos incluidas entre sí. El Estatuto del TPIR no establece una jerarquía de normas, sino que los tres delitos se presentan en pie de igualdad. Si bien el genocidio puede considerarse el delito más grave, no existe justificación en el Estatuto para determinar que los crímenes de lesa humanidad o las violaciones del artículo 3 común y el protocolo adicional II son, en todas las circunstancias, cargos

elementos que no pueden hacerse extensivos a otras conductas reprochables<sup>863</sup>, de tal manera que la solución debería ser aplicar el concurso de delitos en aquellos casos donde se produzca una pluralidad ofensiva.

Respecto al elemento intencional, los crímenes de guerra en el derecho colombiano, así como todos los delitos, requieren este requisito, fundamentado en la teoría de la culpabilidad de la tradición romano-germánica. Lo que se debe poner de manifiesto, es que no sería aplicable el dolo eventual en los delitos de destrucción y apropiación de bienes protegidos, a la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario y a la destrucción y apropiación ilícita de bienes culturales o de lugares de culto (artículos 154 a 156 del Código Penal), cuando el autor del injusto penal haya previamente tomado las medidas oportunas y adecuadas de protección.

Adicionalmente, el Código Penal Colombiano enuncia que serán imputables a título culposo aquellos delitos que expresamente se señalen en la ley, caso que no se puede observar para los crímenes de guerra<sup>864</sup>. Por último, el componente de preterintencionalidad tampoco podría ser aceptado, en concordancia con lo enunciado en la jurisprudencia internacional<sup>865</sup>.

## **2.2.- El Genocidio**

### **2.2.1.- Concepto**

La figura del genocidio se desarrolló de manera independiente, con el propósito de proporcionar una calificación autónoma a algunas conductas de las más repugnantes

---

alternativos al genocidio y, por lo tanto, delitos menos incluidos. Como se indicó, y es un punto relacionado, estos delitos tienen diferentes elementos constitutivos. Una vez más, esta consideración genera múltiples condenas por estos delitos en relación con el mismo conjunto de hechos permisibles del artículo 3 común que reflejaría con precisión el curso de conducta del general acusado". TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, Par. 470.

<sup>863</sup> El TPIR sobre el tema expresó "El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones del artículo 3 comunes a los Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional II tienen diferentes elementos y, además, están destinados a proteger diferentes intereses. El delito de genocidio existe para proteger a ciertos grupos del exterminio o intento de exterminio. El concepto de crímenes contra la humanidad existe para proteger a las poblaciones civiles de la persecución. La idea de las violaciones del artículo 3 comunes a los Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional II es proteger a los no combatientes de los crímenes de guerra en la guerra civil. Estos crímenes tienen diferentes propósitos y, por lo tanto, nunca son extensivos". TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, Par. 469.

<sup>864</sup> Cfr. Artículo 21 del Código Penal Colombiano.

<sup>865</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 355.



llevadas a cabo por el régimen nazi<sup>866</sup>, en la medida que sus actuaciones no podrían ser incluidas en el concepto de crimen de guerra, como fueron los hechos consumados con anterioridad a la contienda bélica, consistente en las múltiples muertes y persecuciones de nacionales alemanes por razones raciales, políticas o religiosas.

Luego, se consideraría como un crimen contra el derecho de gentes condenado por el mundo civilizado, en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1946, norma que otorga el nacimiento a un conjunto de preceptos que proscriben el genocidio y cuyo núcleo esencial pertenece al *ius cogens*<sup>867</sup>, entendiendo que el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros. Posteriormente, el genocidio tuvo su consagración en el Estatuto de Núremberg, pero incluido dentro de la categoría de crimen contra la humanidad, entendiéndolo como una persecución dolosa por razones religiosas, políticas o raciales, realizada al incurrir en una infracción contra la paz y la seguridad de la humanidad.

No obstante, la implicación social de estas conductas y las secuelas que generan, llevaron a la Asamblea General de las Naciones Unidas a preparar un instrumento internacional que permitiera su prevención y sanción de manera autónoma. El Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio<sup>868</sup>, aprobado en el seno de la Asamblea General el 9 de octubre de 1948, constituye el primer texto convencional, y la principal característica es que surge como una figura independiente de los crímenes contra la paz y de guerra, el cual podría ser aplicable en tiempos de paz y de guerra; y no puede ser considerado como delito político. El concepto y elementos incluidos en este instrumento internacional, sirvió de fundamento en los Estatutos del TPIY y TPIR, donde la jurisprudencia internacional, expresó que

“Entre los delitos graves que este Tribunal tiene el deber de castigar, el delito de genocidio es objeto de condena especial y oprobio. El crimen es horrible en su alcance; sus perpetradores identifican grupos humanos enteros para la extinción. Aquellos que diseñan e implementan el

---

<sup>866</sup> Fue propuesta por primera vez por el jurista judeo-polaco y consejero del Ministerio de Guerra de los EE.UU. Raphael Lemkin en 1943 en su obra *Axis Rule in occupied Europe*. Vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SÁNCHEZ LEGIDO, A. y ORTEGA TEROL, J. M., *Manual de Derecho Internacional público*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004. p. 613. El término fue creado a partir de las partículas *geno* que en griego significa tribu, nación o raza y *cide* cuyo significado en latín es matar.

<sup>867</sup> Véase TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T. Par. 495.

<sup>868</sup> Este instrumento internacional ha sido ratificado por 130 Estados.

genocidio buscan privar a la humanidad de la riqueza múltiple que brindan sus nacionalidades, razas, etnias y religiones. Este es un crimen contra toda la humanidad, su daño se siente no solo por el grupo objetivo de la destrucción, sino por toda la humanidad<sup>869</sup>.

Ahora, frente al delito de genocidio es relevante poner de presente la escasa práctica internacional de aplicación judicial de este crimen, por ello el *Caso Akayesu* se constituye un hito en la jurisprudencia internacional al tratarse de la primera condena y sanción por el crimen de genocidio, donde el TPIR desarrolló varios puntos que se enunciarán a lo largo de este escrito, destacándose que impuso la no subordinación al aniquilamiento de un grupo completo, puesto que se entiende cometido con la intención específica de destruir en todo o en parte de un grupo<sup>870</sup>.

Ya en el ECPI, el artículo 6 reproduce casi textualmente lo plasmado en la Convención de Genocidio, afirmando:

“A los efectos de presente Estatuto se entenderá por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Para algunos autores como VILLALPANDO<sup>871</sup>, esta definición contrae muchas críticas fundamentalmente relacionadas con algunos actos criminales excluidos, a modo de ejemplo aquellos dirigidos contra grupos políticos<sup>872</sup>, los cuales no son mencionados en dicho concepto normativo, lo que podría conducir a que técnicamente las masacres contra opositores sean bajo la luz del Derecho Internacional crímenes de lesa humanidad, más no genocidio, posición que también ha sido cuestionada por conglomerados de víctimas de dictaduras<sup>873</sup>.

---

<sup>869</sup> TPIY, *Caso The persecutor c. Radislav Krstić*, Sentencia del 2 de agosto de 2001, No. IT-98-33-T, Par. 36.

<sup>870</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T.

<sup>871</sup> Vid. VILLALPANDO, W. “El nuevo Derecho Internacional penal los crímenes internacionales” en *Invenio*, vol. 12, núm. 23, pp. 15-35, Argentina: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano Rosario, noviembre de 2009.

<sup>872</sup> Véase PAZ MAHECHA, G. R. *Genocidio político*, Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2013. p. 31 y ss.

<sup>873</sup> De la misma forma se puede encontrar en los Estatutos de los TPIY y TPIR, así como en la Comisión de Derecho Internacional que asesoró en la redacción del Estatuto. Comentario al Proyecto del Código, 1996, Documento A/53/10, pp. 96-98.

A su vez, el no tener en cuenta lo que se ha denominado como genocidio cultural, es decir la eliminación de la vida de una comunidad, realizando actos como la prohibición de usar las lenguas nacionales o regionales, destrucción de monumentos, templos, entre otros, también es catalogado como crimen de lesa humanidad, toda vez que se ha considerado que el genocidio es primordialmente un acto que conduce al exterminio ya sea físico o biológico<sup>874</sup>. Estos puntos han sido resueltos incluyéndose en la regulación interna de algunos Estados, como es el caso colombiano.

En cuanto a los bienes jurídicos, se protege principalmente la paz mundial, por medio de la dignidad, existencia e integridad de los grupos humanos, por ello el genocidio es un crimen pluriofensivo, puesto que atenta contra la subsistencia, permanencia o supervivencia de los conglomerados, como colectividad (nacionales, étnicos, raciales o religiosos), y también, porque indirectamente, transgrede los bienes jurídicos individuales de las víctimas, que son lesionados mediante las conductas como son la vida e integridad física de las personas materialmente afectadas<sup>875</sup>. Según GONZÁLEZ RUS, el “(...) bien jurídico protegido es el derecho de cualquier grupo humano a su existencia, con independencia de sus características nacionales, étnicas, raciales o religiosas”<sup>876</sup>. Adicional a lo anterior, por su carácter de delito internacional, protege la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad<sup>877</sup>.

La importancia de lo precedente, determina que este delito busca proteger en tiempos de paz y de guerra, la presencia de determinados conglomerados de personas considerados estables o permanentes<sup>878</sup>, más no castigar los atentados contra derechos fundamentales cometidos por razones xenófobas o racistas, etc., puesto que para sancionar dichos actos se encuentran los crímenes contra la humanidad. Ahora bien, la aplicación de

---

<sup>874</sup> También los Estatutos de TPIY y TPIR han continuado con esta distinción y es de consideración similar la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Comentario al Proyecto del Código, 1996, Documento A/53/10, pp.96-98.

<sup>875</sup> Véase Corte Constitucional mediante Sentencia C – 488 de 2009. En el mismo sentido se pronuncia MAY, L. *Genocide. A normative account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 88 y ss.

<sup>876</sup> GONZÁLEZ REUS, J. J. “Delitos contra la comunidad internacional” en *Derecho Penal Español. Parte Especial 2ª edición*, Manuel Cobo del Rosal, (coord.), Madrid: Ed. Dykinson, 2005, p. 1195.

<sup>877</sup> Vid. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, Madrid: Editorial La Ley, 2008. p. 476.

<sup>878</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T. Par. 511.

la definición no ha sido del todo fácil y ha generado ciertas dificultades, tal como se verá en el siguiente acápite.

A modo de conclusión se podría afirmar que el genocidio es considerado por la Comunidad Internacional como una infracción contraria al espíritu y a los fines que persigue el Derecho Internacional<sup>879</sup>, y que el mundo civilizado condena en su conjunto, como una prohibición absoluta, imperativa, imprescriptible, inderogable y obligatoria, generando en los Estados el deber de sancionar y criminalizar este delito, debiendo adoptar en las regulaciones internas las medidas necesarias para perseguir a los responsables<sup>880</sup>.

### **2.2.2.- Elementos esenciales.**

El delito de genocidio presenta una estructura compleja, cuyo autor podrá ser cualquier persona, a pesar que históricamente lo más frecuente ha sido que los hechos genocidas fueron ejecutadas por servidores públicos<sup>881</sup>. La responsabilidad puede recaer no sobre aquella persona que realiza el acto, sino también sobre los coautores, autores mediatos, a quien ordene, proponga o induzca la comisión de genocidio o contribuya de alguna manera a la comisión o tentativa, y quienes se encuentren en la cabeza de una organización criminal<sup>882</sup> o los jefes militares.

Los elementos constitutivos pueden ser de naturaleza objetiva y subjetiva<sup>883</sup>, aunque algunos autores han puesto de presente la posibilidad de la existencia de un contexto en el desarrollo genocida. Por ahora se debe enunciar, que en el caso de los primeros, se hace referencia a ciertas características especiales exigidas a quien ejecuta el acto, y en la forma como la desarrolla.

---

<sup>879</sup> Véase KREß, C. “The international criminal court as a turning point in the history of international criminal justice” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice* Antonio Cassese (Ed.), Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 146 y ss.

<sup>880</sup> Véase Corte Constitucional mediante Sentencia C – 177 de 2001.

<sup>881</sup> Véase BRUNETEAU, B. *El siglo de los genocidios*, Madrid: Ed. Alianza, 2009. p. 81 y ss.

<sup>882</sup> Cfr. GARCÍA, R. J. y ANGULO GAONA, M. A. “El tipo penal de genocidio en el derecho internacional” en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 53, octubre-diciembre 2015, Bogotá D.C.: Ed. Legis, 2015. p. 125.

<sup>883</sup> A pesar de esto, la CPI no ha dejado del todo claro si se requiere o no del elemento contextual para el crimen de genocidio, puesto que en el *Caso Al Bashir* ha expresado que “existe cierta controversia sobre el reconocimiento del elemento contextual”, considerando que “(...) el crimen de genocidio solo se consuma cuando la conducta relevante presenta una amenaza concreta a la existencia del grupo o a una parte del mismo”. CPI, *Caso The prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia del 4 de marzo de 2009, No. ICC-02/05-01/09-01. par. 124 y 125.

Bajo esta óptica y en cuanto a la conducta, debe ser adelantada contra grupos específicamente protegidos, identificables por los criterios de nacionalidad, religión, raciales o étnicos, de tal manera que los daños serán ocasionados a sujetos en función a su pertenencia a un colectivo de los mencionados anteriormente, y que se genere efectivamente una real amenaza<sup>884</sup>. Pese a la enumeración taxativa de los grupos protegidos, el análisis que le ha dado la jurisprudencia internacional, concretamente el TPIR en el *Caso Akayesu* deja abierta la posibilidad de aplicar el Convenio interpretando de una forma más amplia los conglomerados protegidos, al subrayar que los mismos no son una cláusula cerrada y que sería posible extender la protección a otras colectividades<sup>885</sup>.

Si bien es cierto que ha existido un gran cuestionamiento frente a la exclusión de los grupos políticos, toda vez que podría generarse una impunidad, la misma se ha defendido por los móviles que determinan la adhesión de las personas a la colectividad, dejando de lado la naturaleza de la Convención, en la medida que normalmente no se debate la pertenencia a un grupo, pues desde el nacimiento y automáticamente se es parte de forma continua y estable, razón por la que no se incluyó<sup>886</sup>. La forma como se castiga en el Derecho Penal Internacional los asesinatos por motivos políticos sería a través de los crímenes contra la humanidad, evitando que actos como este sean incluidos en el genocidio, lo que a futuro debería ser objeto de modificación, impulsándose la posibilidad de incluirse el exterminio de los grupos humanos vinculados por sus convicciones políticas.

Para identificar los conglomerados protegidos, el reconocimiento de una enumeración taxativa ha provocado ciertas dificultades al momento de la aplicación por parte de la jurisprudencia internacional<sup>887</sup>, a lo cual algunos autores como GIL GIL han propuesto la unión de varios criterios que permitan definir a un conjunto de personas como colectivo objeto de protección, estableciendo condiciones objetivas como podrían ser la existencia de una lengua común o manifestaciones culturales colectivas, etc.; subjetivas, como atribuciones sociales que identifiquen a una pluralidad de sujetos como uno de los

---

<sup>884</sup> Véase OOSTERVELD, V. "The context of genocide" en *The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, R. Lee (Ed.), Ardsley: Transnational Publishers, 2001. p. 45.

<sup>885</sup> TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, Par. 510.

<sup>886</sup> Vid. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, párr. 70 y 511.

<sup>887</sup> Véase CPI, *Caso The prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia del 4 de marzo de 2009, No. ICC-02/05-01/09-01, par. 135.

colectivos protegidos. No se debe confundir en este punto con una construcción social a lo largo de la historia<sup>888</sup>; y por último los grupos deben ser definidos de forma positiva y no por exclusión<sup>889</sup>, sin necesidad de contar con un número mínimo de integrantes, a pesar que se considera que debe ser significativamente plural para que se pueda hablar de un colectivo de personas.

Ahora bien, el artículo 6 del ECPI expresa que se puede presentar matando a miembros del grupo; lesionando gravemente la integridad física o mental de los mismos; sometiendo intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física o material, total o parcial; realizando medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del conglomerado; trasladando por la fuerza a niños del grupo a otro grupo. Como la lista es exhaustiva, se impide que los Estados reduzcan estas garantías mínimas, estando en plena libertad de ampliar dichos estándares internacionales a otras formas de genocidio<sup>890</sup>.

Respecto del segundo elemento, es decir la voluntad de eliminar un conjunto de personas (elemento subjetivo), se podría considerar como aquel que determina la independencia de otros crímenes<sup>891</sup>, pero también se trata de un componente que dificulta probatoriamente su ocurrencia, puesto que debe corroborarse la intencionalidad<sup>892</sup>. La interpretación dada por el TPIY en los casos *Karadzic* y *Mladic* ofreció varios criterios que de alguna forma permiten superar ese obstáculo, de tal manera que la voluntad genocida se deberá analizar tomando como base la repetición de actos discriminatorios, la comisión de sucesos que menoscaben la base esencial del grupo, incluso acciones que no estén

---

<sup>888</sup> TPIR, *Caso The persecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 15 de mayo de 2003, No. ICTR-97-20-T, Par. 317; TPIR, *Caso The persecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T, Par. 65; TPIR, *Caso The persecutor c. George Rutaganda*, sentencia del 6 de diciembre de 1999, No. ICTR-96-3-T, Par. 56-7; TPIY, *Caso The persecutor c. Milovir Stakic*, sentencia del 22 de marzo de 2006, No. IT-97-24-T, Par. 25; TPIY, *Caso The persecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 2 de agosto de 2001, No. IT-98-33-T, Par. 557.

<sup>889</sup> Vid. GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad” en *Derecho Penal Internacional*, Coord. por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 369-387. Madrid: Editorial DYKINSON, 2016, p. 352 y 353.

<sup>890</sup> Vid. AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006, p. 275.

<sup>891</sup> Véase MAY, L. *Genocide. A normative account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 130.

<sup>892</sup> VERHOEVEN, J., “Le crime de genocide”, *RBDIP*, 1991/1, pp. 22-24.

enumeradas en el Estatuto, las cuales puedan calificarse como parte de una misma línea de actuación<sup>893</sup>.

A su vez, se ha catalogado como elemento distintivo del genocidio frente a otros delitos o crímenes internacionales, la intención del autor de causar una destrucción física o material del grupo, considerándose como un delito doloso, puesto que por su naturaleza requiere un acto consciente, situación que la jurisprudencia ha denominado *dolus specialis*<sup>894</sup>, al punto que se ha admitido que en algunos casos determinados partícipes, cómplices, podrían proceder sin dicho fin directo, pero tenían suficientes razones para entender que el interviniente con quien colaboraban si actuaba con dicho propósito<sup>895</sup>, y serían responsables<sup>896</sup>. Este es el caso de los jefes militares, quienes podrían excepcionalmente ser sancionados a título de culpa, en la medida que debían tener conocimiento y control efectivo sobre los actos que estaban cometiendo sus subordinados, de tal manera que se condena la imprudencia<sup>897</sup>.

El crimen de genocidio, como se explicó en líneas anteriores debe ser perpetrado con conocimiento y premeditación. Al respecto, la jurisprudencia internacional ha considerado que el autor tiene el conocimiento que la víctima es parte o miembro de un grupo<sup>898</sup>; y por otro lado provocar o aportar en la eliminación del mismo<sup>899</sup>, de tal manera que se realiza la conducta con la intención de destruir el conglomerado del cual el perjudicado es parte<sup>900</sup>, entendiéndose como una “*intención especial*”<sup>901</sup>, la cual resulta en

---

<sup>893</sup> TPIY, *Caso Le Procureur c. Karadzic and Mladic*, sentencia 28 de junio de 1996, No. IT-95-18-R61, par. 94.

<sup>894</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia del 10 de julio de 2010, No. ICC-02/05-01/09-94, par. 5.; ICJ, *Caso Croacia c. Serbia*, sentencia de 3 de febrero de 2015. Aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, par. 132.

<sup>895</sup> Cfr. TPIY, *Caso The persecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 2 de agosto de 2001, No. IT-98-33-T, par. 571.

<sup>896</sup> TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, par. 541; TPIY, *Caso The persecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 2 de agosto de 2001, No. IT-98-33-T, par. 140; CPI, *Caso The prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia del 10 de julio de 2010, No. ICC-02/05-01/09-94, par. 5.

<sup>897</sup> Cfr. Corte Constitucional mediante Sentencia C – 181 de 2002.

<sup>898</sup> TPIR, *Caso The persecutor c. George Rutaganda*, sentencia del 6 de diciembre de 1999, No. ICTR-96-3-T, par. 165.

<sup>899</sup> TPIR, *Caso The persecutor c. Kayishema y Ruzindana*, sentencia del 21 de mayo de 1999, No. ICTR-98-33-T, par. 542; TPIR, *Caso The persecutor c. Laurent Semanza*, Sentencia del 15 de mayo de 2003, No. ICTR-97-20-T, par. 312.

<sup>900</sup> Este punto es relevante en la medida que permite diferenciar al genocidio de otros crímenes como el crimen de persecución, delito en el cual se seleccionan las víctimas en razón de su pertenencia a un grupo

mucha ocasiones difícil de probar, debiéndose aplicar lo que en la jurisprudencia se denomina “*estándar fundado de conocimiento*”<sup>902</sup>, empleándose indicios o inferencias basados en hechos y circunstancias objetivas o declaraciones de testigos, ante la imposibilidad de tener la confesión del acusado. La importancia del cumplimiento de estos requisitos radica en que su inobservancia conllevaría a un error de hecho, que conforme al artículo 32.1 del ECPI excluiría la responsabilidad penal.

Otro aspecto que estableció el artículo 6 del ECPI es la intención de destruir parcialmente un conjunto de personas, situación que permite diferenciar la comisión del delito con otros como el homicidio múltiple. Justamente, el fin es el requisito inmerso en el injusto típico del genocidio, de tal manera que el autor se ha propuesto el exterminio de un grupo, el cual de conformidad con la jurisprudencia deberá ser sustancial en la medida que de acuerdo a cada caso en concreto es necesario analizar una suma de criterios que se determinan por la importancia para el conglomerado en su conjunto de la parte elegida, situaciones cuantitativas y geográficas<sup>903</sup>, y con mayor relevancia cuando no está delimitado claramente el número de personas para que se configure la destrucción parcial.

Frente a la posibilidad de aplicar la figura del dolo eventual, la doctrina y la jurisprudencia internacional no son del todo pacífica. No obstante lo anterior, se ha llegado a la conclusión que la exigencia tradicional de la producción del resultado de destrucción del conglomerado debe ser el propósito directo del autor del delito, lo que en principio excluiría una intención parecida al dolo eventual<sup>904</sup>.

A modo de conclusión, se puede afirmar que el concepto y elementos del genocidio no han variado desde la expedición de la Convención al respecto, hasta el ECPI, puesto que la misma recoge una codificación idéntica a la inicial, sin considerar situaciones que podrían ampliar esta conducta, no sin ello reafirmar la importancia de evitar la realización

---

humano en específico, pero con ello no se busca destruir a un grupo como tal. Cfr. TPIY, *Caso The persecutor c. Jelisc*, sentencia del 19 de octubre de 1998, No. IT-95-10.

<sup>901</sup> TPIY, *Caso The persecutor c. Jelisc*, sentencia del 19 de octubre de 1998, No. IT-95-10, par. 42; TPIY, *Caso The persecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 2 de agosto de 2001, No. IT-98-33-T, par. 569.

<sup>902</sup> Al respecto se puede consultar GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 231 y ss., 236 y ss.

<sup>903</sup> ICJ, *Caso Croacia c. Serbia*, sentencia de 3 de febrero de 2015. Aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. par. 142.

<sup>904</sup> Vid. GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad” en *Derecho Penal Internacional*, Coord. por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 369-387. Madrid: Editorial DYKINSON, 2016, p. 365.



de este tipo de conductas, justamente por los bienes jurídicos que se encuentran en juego. Infortunadamente, en los que tiene que ver con la CPI solo se ha adelantado por este delito el *Caso Al Bashir*, donde no existe claridad si será juzgado o no, fundamentalmente porque el genocidio ha perdido importancia en el ámbito del Derecho Penal Internacional, frente a la consolidación y dominio práctico de los crímenes de lesa humanidad, razón por la cual, la CPI está llamada a ubicar adecuadamente cada una de estas vulneraciones.

### **2.2.3.- El crimen de genocidio en el derecho interno colombiano**

En lo que tiene que ver con este crimen, el fundamento para su tipificación se encuentra en la Constitución Política que define a Colombia como un Estado Social de Derecho, donde se protege y reconoce la diversidad étnica y cultural, como un república pluralista, con libertad de cultos y derecho a los ciudadanos a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas. Todo lo anterior, se constituye en caracteres esenciales del Estado colombiano, por lo tanto, concurren fundamentos constitucionales y compromisos internacionales que justifican la consagración del crimen de genocidio, pues el atributo a la existencia de grupos humanos identificados por nexos de nacionalidad, etnia, religión, raza o política, requiere ser salvaguardado de vulneraciones intolerables para evitar su destrucción.

Bajo ese entendido, el ordenamiento jurídico colombiano proscribe y sanciona la conducta en el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal<sup>905</sup>, primer artículo de la parte especial del estatuto penal, lo que denota la importancia que tiene castigar estos actos desde el punto de vista de la política criminal. Con anterioridad, mediante la Ley 28 de

---

<sup>905</sup> La norma expresa “Artículo 101. *Genocidio*. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

1959<sup>906</sup> fue aprobada la Convención para la Sanción y Prevención de Delitos de Genocidio de 1948, la cual entró en vigor el 25 de enero de 1960<sup>907</sup>, aunque no es directamente aplicable por el juez penal interno, debiendo los Estados adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer las sanciones penales y castigar a los responsables<sup>908</sup>.

A su vez, la Ley 589 de 2000<sup>909</sup>, introdujo por primera vez el delito de genocidio de forma específica, puesto que previamente la conducta era punible bajo el título de homicidio agravado simple, por esta razón será imputable desde este momento, y no retroactivamente. Adicionalmente, el artículo 23 de la Ley 522 de 1999 – Código Penal Militar, enunciaba que en ningún caso podría considerarse el genocidio como delito relacionado con el servicio<sup>910</sup>. También, el numeral 5<sup>911</sup> y 6<sup>912</sup> del artículo 48 de la Ley 734 de 2002<sup>913</sup> – Código Único Disciplinario consagra como falta gravísima la realización de actos genocidas por parte de los servidores o funcionarios públicos. Como se puede ver, la regulación interna de Colombia proscribe el genocidio en diferentes ámbitos.

El bien jurídico protegido en el caso colombiano es en principio la vida y la integridad personal, derechos personalísimos, razón por la cual se encuentra regulado en dicho capítulo del Código Penal<sup>914</sup>. No obstante, no hay que dejar de lado que en el Derecho Internacional se protege la paz mundial, la dignidad, existencia e integridad de los conglomerados, es decir derechos colectivos, de tal manera que deberá interpretarse de conformidad con los límites y contenidos esenciales de los pactos internacionales sobre la

---

<sup>906</sup> Congreso de República de Colombia, Diario oficial 29.962 de 1 de junio de 1959.

<sup>907</sup> La Convención declara el genocidio como crimen internacional, el cual los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.

<sup>908</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C – 176 de 1994 se pronuncia en ese sentido.

<sup>909</sup> Congreso de República de Colombia, Diario oficial 44.073 de 7 de julio de 2000.

<sup>910</sup> Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 878 de 2000.

<sup>911</sup> La norma expresa “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) 5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social: a) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; b) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; c) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; d) Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro”.

<sup>912</sup> La norma expresa “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) 6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros”. Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 1076 de 2002.

<sup>913</sup> Congreso de República de Colombia, Diario oficial 44.699.

<sup>914</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Caso La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, Auto de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022.

materia, en especial de la Convención enunciada previamente<sup>915</sup>. Lo determinante es demostrar la intención del autor de destruir total o parcialmente un grupo protegido, lo que podría catalogarse como una circunstancia de mayor punibilidad de conformidad con el artículo 58.3 del Código Penal<sup>916</sup>.

Las razones que permiten criminalizar este tipo de hechos resultan más que notorios. Razones históricas, fácticas y políticas lo justifican, en la medida que se hace necesario garantizar desde la perspectiva penal, una efectiva protección de los derechos de las comunidades o grupos humanos específicos. No se puede olvidar que Colombia se han realizado, y en algunos casos se siguen realizando hechos atroces de exterminio contra determinados sectores de la población nacional, tal como se podrá observar en un acápite posterior del presente escrito.

El Estado colombiano, analizando lo sucedido en el conflicto armado y principalmente las conductas delictivas cometidas en contra de los miembros que pertenecían al partido político de la Unión Patriótica (UP)<sup>917</sup>, tomó la decisión mediante el legislador, de extender el ámbito de protección a la población, incluyendo el criterio político, el cual, como se explicó en líneas anteriores, no cuenta con reconocimiento internacional y está inmerso en los delitos de lesa humanidad<sup>918</sup>, buscando sancionar actos similares<sup>919</sup>.

Los elementos que adopta la regulación penal colombiana son muy similares a los establecidos en el artículo 6 del ECPI, como un delito de peligro, en el entendido que para

---

<sup>915</sup> Véase GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. y URBANO MARTÍNEZ, J. J. “Delitos contra la vida y la integridad personal” en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 908. Y GÓMEZ LÓPEZ, J.O. *El delito de genocidio*, Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2003. p. 85 y ss. En ese mismo sentido se pronuncia la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 148 de 2005.

<sup>916</sup> La norma afirma “Artículo 58. *Circunstancias de mayor punibilidad*. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: (...) 3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”. Numeral declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 257 de 2016.

<sup>917</sup> Sobre el tema se puede consultar el estudio realizado en ORTÍZ PALACIOS, I., *El genocidio contra la Unión Patriótica*. Bogotá D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia, 1999.

<sup>918</sup> Véase LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2001. p. 116.

<sup>919</sup> Al respecto se puede observar en la jurisprudencia de Colombia a modo de ejemplo en Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso del Ex Congresista César Pérez García*, Sentencia del 15 de mayo de 2013. Rad. 33.118.

su consumación no es necesario que se produzca el exterminio total o parcial del grupo agredido, siendo suficiente que corra peligro<sup>920</sup>. A su vez, puede ser realizado por personas particulares o por servidores públicos, por sí solo, en forma conjunta o por medio de otros. Por su parte, el sujeto pasivo es el grupo, pues éste es el titular del bien jurídico protegido, volviendo indiferente que la conducta se concrete sobre uno o varios de sus miembros, puesto que es la existencia del conglomerado la que se vulnera o pone en peligro.

Ahora, el fin previsto hacia la cual se orienta el comportamiento realizado se mantiene, como el componente intencional propio de este delito, es decir el dolo especial que se explicó en líneas anteriores, con algunas características adicionales, imponiendo que se realice contra miembros del grupo “*por razón de su pertenencia al mismo*”. Esta exigencia no se encuentra en el ECPI, e impone un elemento subjetivo motivacional adicional, el cual de acuerdo a la Corte Constitucional se entiende como un sinónimo de la expresión “*como tal*” que se encuentran en la Convención contra el genocidio y en el Estatuto de la CPI<sup>921</sup>, por ello lo relevante es el propósito de destruir total o parcialmente a la colectividad como tal, lo que permite concluir que el elemento subjetivo de este delito se integra por el dolo (excluyéndose la culpa) y por un requisito finalístico anexo, es decir el desenlace al cual se encamina la voluntad del autor, aspecto que probatoriamente no será sencillo de acreditarse, debiéndose acudir a pruebas directas (como documentos o testimonios) o indirectas (como los indicios), tal como lo ha realizado el TPIY.

A su vez, el delito puede cometerse en comisión por omisión, para lo cual será necesario que concurren todos los elementos que hacen parte de la estructura típica, complementada con la posición de garante del sujeto activo, que el incumplimiento del deber impuesto se complemente con el resultado antijurídico<sup>922</sup>, y finalmente, se requiere que la capacidad personal para realizar la acción ordenada se integre con la potestad del autor de evitar la consecuencia<sup>923</sup>.

---

<sup>920</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 148 de 2005.

<sup>921</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 488 de 2009. par. 7.1.4.

<sup>922</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Caso Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las Autodefensas*. Sentencia de 5 de diciembre de 2018, Rad. 50236.

<sup>923</sup> Vid. GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. y URBANO MARTÍNEZ, J. J. “Delitos contra la vida y la integridad personal” en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 913.

En cuanto al grupo humano, producto de la situación específica que ha vivido Colombia, principalmente incluyendo dentro de los conglomerados protegidos además de los étnicos, raciales, religiosos, aquellos denominados políticos<sup>924</sup>, a pesar de las objeciones formuladas por parte del Gobierno, no obstante, se aceptó su inclusión en el entendido que lo plasmado en la regulación internacional puede ser ampliado por la legislación interna de los Estados<sup>925</sup>.

No obstante lo anterior, este punto contiene dificultades esencialmente en la manera como se probaría la adhesión de una persona a un determinado grupo político, puesto que en la mayoría de los casos no depende propiamente de la voluntad de los sujetos, sino de lo que en esta materia se denomina alianzas democráticas, que por regla general no derivan de los militantes de la colectividad sino de sus directivas, lo que convierte a la protección en una situación incierta<sup>926</sup>, puesto que conforme a la manera como se encuentra consagrado en Colombia se debe pertenecer al partido o movimiento político, y se excluye el amparo por la simpatía al mismo<sup>927</sup>.

Ahora bien, el genocidio no puede ser considerado bajo ningún aspecto como un delito político ni conexo a él. Tanto la Convención sobre el genocidio, como el artículo 67 transitorio de la Constitución Política<sup>928</sup> imponen esta condición, entendiéndose esta conducta como un crimen internacional. Adicionalmente, la ley penal excluye la posibilidad de aplicar otros beneficios como la prisión domiciliaria<sup>929</sup>; el término de prescripción es de treinta años<sup>930</sup>; y no se autoriza la aplicación del principio de oportunidad<sup>931</sup>.

---

<sup>924</sup> Al respecto, otros países Latinoamericanos también han incluido en sus códigos penales la protección de grupos políticos en la tipificación del genocidio, dentro de los que podemos encontrar a Panamá, Paraguay o Costa Rica.

<sup>925</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 177 de 2001.

<sup>926</sup> Vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, H., *Código de derecho penal internacional*. Medellín: Editorial Universidad del Rosario, 2007. p. 493.

<sup>927</sup> Vid. CORDOBA TRIVIÑO, J., *Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, p.78.

<sup>928</sup> Esta norma enuncia “Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”.

<sup>929</sup> Artículo 64 del Código Penal Colombiano.

<sup>930</sup> Artículo 83 del Código Penal Colombiano.

<sup>931</sup> Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

La forma como debería llenarse el vacío anteriormente enunciado sería que el Derecho Penal Internacional impulsará por intermedio de sus órganos e instituciones, la sanción del genocidio político con el propósito de establecer reglas o condiciones mínimas que deban cumplir los Estados, puesto que el ordenamiento jurídico colombiano no va a contemplar situaciones diferentes a las establecidas actualmente.

## **2.3.- Los Crímenes contra la humanidad**

### **2.3.1.- Concepto**

Los crímenes de lesa humanidad son aquellas conductas intencionales que lesionan de forma grave derechos que sustentan la vida en sociedad, siempre que sean objeto de un ataque sistematizado y generalizado contra la población civil, y con conocimiento de que dicha agresión se realiza en tiempo de guerra, conflicto armado interno o en periodos de paz<sup>932</sup>.

Estos delitos son el producto de la toma de conciencia frente a la necesidad de proteger a la persona humana en el ordenamiento jurídico con relación a la comisión de determinados hechos, toda vez que la práctica internacional ha manifestado que se evidencian ciertos contextos y circunstancias en que ciertas conductas punibles simbolizan por su gravedad una infracción a la dignidad humana cuya importancia supera el ámbito estatal, y es por ello que en el Derecho Internacional contemporáneo se incluya en la figura denominada “crímenes internacionales”, que pueden ser realizados por Estados o individuos.

Durante las sesiones preparatorias del Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg se puso de manifiesto que algunas infracciones realizadas en la Segunda Guerra Mundial no entraban dentro de la categoría de crímenes de guerra, puesto que se trataba de actos en que las víctimas tenían la misma nacionalidad de los Aliados o de los agentes; su comisión se inspiraba en otro tipo de motivos, como eran sus ideales religiosos, políticos o raciales; y no importaba la fecha o lugar donde se perpetraban<sup>933</sup>.

---

<sup>932</sup> Cfr. AMBOS, K. *La Corte Penal Internacional*, Santafé: Ed. Rubinzel, 2007. p. 217.

<sup>933</sup> Los antecedentes de la figura del crimen contra la humanidad son estudiados por abundante doctrina, entre la que se encuentran las siguientes obras: GRAVEN, J., “Les crimes contre l’humanité”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1950, I, pp. 432-453; y BASSIOUNI, M., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 48-82.

Aunque para algunos autores, los antecedentes pueden encontrarse incluso en la Declaración de San Petersburgo de 1968 o en la *Clausula Martens*<sup>934</sup>, infortunadamente y a diferencia de lo que sucede con el delito de genocidio y con los crímenes de guerra, en un principio no existió un instrumento normativo internacional destinado a la definición de los crímenes contra la humanidad o también llamados crímenes de lesa humanidad, por lo que llegar a un acuerdo sobre el contenido de esta categoría fue, y sigue siendo, un proceso complejo<sup>935</sup>.

Esta figura surge a partir del artículo 6. c) del Estatuto de Núremberg en 1945<sup>936</sup>, aunque en muchos Estados ya se consagraban sanciones para conductas de este tipo, la introducción de la tipificación de esta conducta resulta un evento inédito en el Derecho Internacional, a pesar que en cierto modo existen imprecisiones técnicas, probablemente como producto de la inexistencia de una norma específica y como lo manifestó MEYROWITZ, fue más el resultado de una necesidad jurídica que de la clara e indubitada construcción legal previa<sup>937</sup>.

Esta disposición recoge dos tipos de delitos, por un lado, los actos inhumanos cometidos contra la población civil, tales como el asesinato, el exterminio, sometimiento a la esclavitud, deportación u otro acto perpetrado contra la población civil, antes o durante la guerra; y, en segundo lugar, las persecuciones políticas, raciales o religiosas. Bajo este entendido, estas conductas se encontraban asociadas necesariamente a la guerra, y solo podrían ser juzgadas si tenían esa conexión con el conflicto armado, concepto que luego ha sido modificado.

Pese a lo anterior, los Estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio, y su inclusión en el ECPI ha tenido un gran desarrollo, determinando unos principios que sirven

---

<sup>934</sup> GÓMES LÓPEZ, J. O. *Crímenes Internacionales. Crímenes de lesa humanidad*, Tomo II, Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2017. p. 16.

<sup>935</sup> Vid. VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”. En *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, Coord. Roy S. K. Lee, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 79-126.

<sup>936</sup> El artículo 6 b) del Estatuto del Tribunal de Núremberg afirma “CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.

<sup>937</sup> Vid. DAVID, E., “L’actualité juridique de Nuremberg”, en *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation: actes du Colloque international / Centre de droit international de l’Institut de sociologie de l’Université libre de Bruxelles*, Bruselas: Bruylant editions, 1988. p. 104.

de parámetros que lo definen, consistentes en la naturaleza generalizada de los ataques y su dirección contra la población civil, ya sea perpetrados por miembros del Estado, así como agentes no estatales<sup>938</sup>.

Infortunadamente, el Estatuto del TPIY en el artículo 5 vinculaba la figura de los crímenes contra la humanidad con la existencia de un conflicto armado, determinándolo como un requisito para su competencia, más no como un elemento del concepto que hoy en día existe<sup>939</sup>. Este punto ha sido prescindido por su jurisprudencia<sup>940</sup> y en otros instrumentos de Derecho Internacional, incluso en el Estatuto del TPIR<sup>941</sup>, indicando que los hechos punibles debían ser cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Es a partir de este momento se entiende que los crímenes contra la humanidad podrían ser ejecutados en cualquier tiempo, en conflicto internacional, en un conflicto interno o en tiempo de paz<sup>942</sup>.

Por su parte, en el caso del derecho interno, algunos Estados han excluido la exigencia de una conexión con la guerra<sup>943</sup>, por ello el concepto de crímenes de lesa humanidad contenido en el artículo 7 del ECPI, establece y deja clara esta independencia, constituyéndose en la definición que tipifica con mayor certidumbre, adecuándose a los principios de legalidad y tipicidad.

Justamente el ECPI reúne un listado de los actos constitutivos de un crimen contra la humanidad, no obstante, ese listado no es taxativo, sino enunciativo, lo que le brinda a la CPI un margen de discrecionalidad para incluir conductas no enumeradas en su texto, de tal manera que otros actos inhumanos puedan ser consideradas tales, siempre y cuando

---

<sup>938</sup> Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, en *R. des. C.*, núm. 280, 1999, p. 331 y ss.

<sup>939</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T. párr. 78 y 138 y ss;

<sup>940</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, No. IT-94-1-T. párr. 618.

<sup>941</sup> Vid. GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad” en *Derecho Penal Internacional*, Coord. por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 369-387. Madrid: Editorial DYKINSON, 2016, p. 370.

<sup>942</sup> BASSIOUNI, M. *Derecho penal internacional*, Madrid: Ed. Tecnos, 1984, p. 130 y ss.

<sup>943</sup> Vid. DELMAS-MARTY, M., FOUCHARD, I., FRONZA, E. y NEYRET, L., *Le crime contre l’humanité*, 2a ed., Paris: PUF, 2013. p. 79 y ss.



cumplan las condiciones que singularizan estos hechos, los cuales se enunciarán posteriormente<sup>944</sup>.

A su vez, esta norma internacional establece criterios que permiten diferenciar los crímenes contra la humanidad de los crímenes de guerra y del genocidio. Frente a los primeros, se ha establecido que los mismos requieren la existencia de un conflicto armado internacional o no internacional, en oposición con los crímenes contra la humanidad en los que, hay consenso al respecto, no es necesaria la presencia de conflicto armado, aunque se puedan producir en este contexto, estos se cometen contra los propios ciudadanos, técnicamente no enemigos y es claro que el DIH no tiene un concepto propio de conflicto armado y se fundamenta sobre la dicotomía amigo-enemigo. Adicionalmente, los crímenes de guerra pueden lograr inclusive escenarios de ataque de objetivos militares, lo que en principio no serían susceptibles en los crímenes contra la humanidad, en los que el sujeto pasivo es directamente una población civil. Por último, se ha hecho énfasis en que un solo acto, dirigido contra un único objetivo, puede catalogarse como un crimen de guerra, situación muy diferente a la que se pretende como elemento contextual en los crímenes contra la humanidad, en que se requieren contextos de sistematicidad o de masividad o generalidad de conductas<sup>945</sup>.

Conforme a lo anterior, se hace necesario poner de manifiesto que la diferenciación entre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad resulta fundamental al momento de determinar la responsabilidad que se endilga al sujeto. Ambos delitos suelen ser perpetrados por las partes enfrentadas en un conflicto civil o internacional. Los crímenes de guerra ocurren cuando existe una vulneración contra los ciudadanos o prisioneros de guerra y se espera que todos los países se adhieran a las leyes y protocolos establecidos en el ordenamiento jurídico internacional al respecto. Por su parte, los crímenes contra la humanidad, contrario sensu, se refieren a actos que incluyen la degradación o humillación

---

<sup>944</sup> La jurisprudencia internacional ha considerado como “actos inhumanos” todas aquellas negaciones manifiestas o flagrantes de los derechos fundamentales de la persona. TPIY. *Caso Le Procureur c. Kupreskic*, sentencia 14 de enero de 2000, No. IT-95-16-T.. Sobre el particular, ver BETTATI, M., “Le crime contre l’humanité”, en *Droit International Penal*, Coord. por Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux y Alain Pellet, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 103-123, Paris: Pedone, 2000.

<sup>945</sup> Vid. DE PRADA SOLAESA, J. R., “Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad” En *Perspectiva Iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, Coordinado por Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo, pp. 89-106, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 96.

de los seres humanos, normalmente planificados por los gobiernos como una manera de intimidar o eliminar a un grupo de personas dentro de su jurisdicción.

En lo que tiene que ver con el delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad se diferencian de este en la medida que a pesar que originariamente el genocidio fue visto como una forma agravada de los mismos, esta posición actualmente ha sido superada, puesto que las modalidades de la acción delictiva o de los sujetos pasivos y la especialidad de los bienes jurídicos protegidos y los elementos de tipicidad penal son disímiles, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la intención característica del genocidio, consistente en la voluntad de destruir total o parcialmente un grupo, circunstancia que no sucede en los delitos contra la humanidad.

Frente a los bienes jurídicos afligidos por los crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad, se debe considerar que atacan en contra de los seres humanos, vulnerando su vida, libertad, bienestar físico, salud y dignidad, pero también trascienden al individuo, atacando a la humanidad toda, poniendo en riesgo los derechos colectivos a la paz y seguridad internacionales<sup>946</sup>. Como bien ha señalado el TPIY, “(...) Por lo tanto, es el concepto de humanidad como víctima lo que esencialmente caracteriza los crímenes contra la humanidad”<sup>947</sup>.

Como se ha analizado, el concepto actual de crimen contra la humanidad es producto de una larga evolución en la que han influido la normativa y la jurisprudencia relativa a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, los Proyectos de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad y los Estatutos de los TPIY y TPIR, así como las decisiones de estos Tribunales y que se ha forjado en el artículo 7 del ECPI, completado por el documento Elementos de los Crímenes, que debe servir para la interpretación del Estatuto. Para algunos autores como LIROLA DELGADO “(...) se trata de un proceso dinámico y susceptible de nuevos desarrollos que permitan garantizar la

---

<sup>946</sup> Cfr. CAPELLÁ, M. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005. pp. 33-35.

<sup>947</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Drazen Erdemovic*, sentencia de 29 de noviembre de 1996, No. IT-96-22-T, párr. 28.

sanción de este crimen internacional, cualesquiera que sean las circunstancias en que se produzca”<sup>948</sup>.

Ya en lo que tiene que ver con Latinoamérica, calificar ciertas graves violaciones de Derechos Humanos como crímenes de lesa humanidad ha denotado un aporte primordial en la lucha contra la impunidad. Dicha apreciación ha permitido traspasar barreras que durante muchos años impidieron los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas en la región, propiciado por medidas como la prescripción y las amnistías que beneficiaron a violadores de Derechos Humanos o la de imputar responsabilidades a superiores que impedían juzgar a ex presidentes de la República, a modo de ejemplo. Por esta razón, estos hechos no podrían considerarse como delitos políticos o conexos a este, ni tampoco ser objeto de amnistías o indultos<sup>949</sup>.

Conforme a lo enunciado anteriormente, se puede enunciar que los crímenes contra la humanidad, tal como lo han enunciado algunos autores como GIL GIL son

“(…) los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*”<sup>950</sup>.

A modo de conclusión, se encuentra que históricamente este delito ha tenido su génesis en procesos de sistemáticas y masivas violaciones a los derechos humanos de la población civil, predominantemente ejecutados por funcionarios estatales, miembros de las fuerzas disidentes organizadas militarmente, subversivos, paramilitares, Fuerza Pública, etc. presentándose la imposibilidad fáctica de investigar o sancionar esta criminalidad, ante lo cual se vislumbra la importancia de la CPI, a pesar que no se pueden procesar de manera retroactiva aquellas infracciones cometidas con anterioridad al año 2002.

---

<sup>948</sup> LIROLA DELGADO, I., “Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios” En *Perspectiva Iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo (Coord.), pp. 107-118, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011. p. 117.

<sup>949</sup> CIDH. *Caso La Cantuta c. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, par. 166 y ss.

<sup>950</sup> GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes”. En *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Coord. por Kai Ambos, pp. 65-104, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.P. 94.

### 2.3.2.- Elementos esenciales

Después de un largo proceso de desarrollo normativo en el Derecho Internacional, es por intermedio del ECPI donde por primera vez se definen los crímenes de lesa humanidad, recogiendo varias características y requisitos que se han creado y perfeccionado, reafirmando su autonomía e independencia y protegiendo el núcleo duro de los derechos humanos. En las siguientes líneas se analizarán los principales componentes de este delito, los cuales podrían resumirse en la existencia y conciencia del ataque, la generalidad o la sistematicidad, así como la calidad de población civil de las víctimas de los crímenes perpetrados.

Los elementos que caracterizan a los crímenes contra la humanidad han sido descritos por diversos instrumentos de Derecho Internacional, y han servido como parámetros que evidencian las diferencias con otras figuras<sup>951</sup>. En primer lugar, se ha desvinculado de los conflictos armados, posición que ha sido adoptada mayoritariamente desde los trabajos de la CDI sobre el proyecto de Código de 1996, hasta en los Estatutos de los Tribunales penales Internacionales, puesto que es posible su realización en tiempos de paz<sup>952</sup>.

En segundo lugar, las conductas deben ser desplegadas y cometidas de una forma sistemática y a gran escala, ya que los actos son reiterativos y destinados a debilitar a una comunidad, lo que al momento de probarse debe deducirse de las circunstancias fácticas de cada caso en concreto, analizándose elementos que hacen referencia a las características del ataque como la existencia de patrones de conducta definidos, realización continuada de crímenes relacionados, uso de significativos recursos, planificación, objetivos políticos, entre otros<sup>953</sup>. Y, en tercer lugar, para que los sucesos sean considerados dentro de este concepto, se requiere que sean instigados por una organización o grupo, no sólo estatal, de tal manera que comprenden actos realizados por guerrillas, organizaciones terroristas, entre otras.

---

<sup>951</sup> Véase TPIY, *Caso The persecutor c. Krajišnik*, sentencia de 27 de septiembre de 2006, No. IT-00-39-T, párr. 702 y ss.

<sup>952</sup> A pesar de lo anterior, como expresamos anteriormente el Estatuto del TPIY no reflejó esta situación, lo que para algunos ha sido catalogado como un retroceso conceptual.

<sup>953</sup> TPIY, *Caso The persecutor c. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 12 de junio de 2002, No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, párr. 94; TPIY, *Caso The persecutor c. Naletilic and Martinovic*, sentencia de 31 de marzo de 2003, No. IT-98-34-T, párr. 236; TPIY, *Caso The Prosecutor c. BlasKic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, párr. 203.

En este sentido se encuentran enunciados en el artículo 7 del ECPI. Si bien es cierto, la mayoría de las legislaciones modernas de los Estados consagran un castigo a este tipo de conductas, se vuelven de importancia internacional cuando se cumplen algunos requisitos establecidos en el propio Estatuto, donde se encuentra como el más palmario la comisión en gran escala o de modo sistemático. Los requerimientos que implanta esta norma para que se conviertan en ilícitos internacionales son: que deben ser realizados como consecuencia de un ataque contra una población civil, entendida como toda agresión, sin importar si se trata de tiempos de paz o de guerra. Como se enunció anteriormente, esta agresión es generalizada o sistemática, ya que un hecho aislado no constituye crimen internacional (este aspecto se profundizará posteriormente). Puede ser adelantado conforme con la política de Estado o de una organización, lo que conduce a que la atribución pueda extenderse a otros grupos de personas que se encuentran por fuera del Estado, a modo de ejemplo las agrupaciones de oposición armada o bandas terroristas. Y finalmente, debe existir una intencionalidad en la realización del ataque<sup>954</sup>.

Ahora bien, profundizando un poco respecto a los elementos objetivos del crimen contra la humanidad, se encuentra en primer lugar que debe dirigirse contra la población civil, es decir está encaminado hacia un grupo plural de personas<sup>955</sup> (no es necesario que las víctimas cuenten con una nacionalidad diferente a la de sus agresores, circunstancia que denota su diferencia con los crímenes de guerra), que no toma parte dentro de las hostilidades, es decir sujetos que son civiles en contraposición de a los miembros de las fuerzas armadas o a otros combatientes legítimos, lo cual es definido por el artículo 50 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>956</sup>.

---

<sup>954</sup> Al respecto puede consultarse ZUPPI, A. L., *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2001, pp. 12-17.

<sup>955</sup> CPI, PTC II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, pronunciamiento de 31 de marzo de 2010, No. ICC-01/09-19-Corr, par. 82.

<sup>956</sup> El Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949 expresa: “Artículo 50. Definición de personas y de población civil: 1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A.1), 2). 3) y 6) del III Convención, y el artículo 43 del presente Protocolo (...)”. Las categorías mencionadas en el artículo 4 del Convenio III se refieren a los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, incluyendo a las milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de estas fuerzas armadas, los miembros de otras milicias y cuerpos de voluntarios pertenecientes a una de las Partes en conflicto, cumpliendo ciertos requisitos, los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora y, la

Adicionalmente, es obligatorio que esos actos formen parte de una política de Estado o de una organización, puesto que el ECPI determina que los delitos de lesa humanidad no son de realización exclusiva por parte de funcionarios o agentes estatales, sino que también incluye a “*agentes no estatales*” que formen parte de una organización, ampliando la responsabilidad de los autores.

En relación con el carácter generalizado o sistemático del ataque (elemento de contexto), es un requisito que no estaba contemplado en el Estatuto del TMI de Núremberg, aunque si fue aplicado en su jurisprudencia, en los Proyectos de Código de crímenes contra la paz y seguridad internacionales y en los Estatutos del TPIR. Se trata, en todo caso, de una fórmula disyuntiva que recoge los requisitos de forma no acumulativa, tal como ya había sido aclarado por la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, y adopta claramente el ECPI y la práctica de la CPI<sup>957</sup>. Este es la característica que permite diferenciarlo de los delitos comunes, puesto que su ejecución se desarrollo de conformidad con una política dirigida a promover violaciones de los Derechos Humanos, lo que vuelve el daño más intenso hacia la población civil.

Cuando se hace referencia a que debe ser un acto “*generalizado*”, se considera que los mismos son realizados a gran escala y están dirigidos contra una pluralidad de víctimas, es decir, debe tener un componente cuantitativo excluyendo aquellos, que, aunque inhumanos, sean aislados o estén dirigidos contra una sola víctima. A su vez, se puede deducir esta característica por la duración del ataque, la extensión del territorio donde se realizaron las conductas, y por la forma como se desarrollaron y los medios empleados. Así, el homicidio de unas pocas personas, o una sola inclusive<sup>958</sup>, en el marco de un ataque generalizado encaja dentro de la definición. Por el contrario, una multiplicidad de muertes cometidas por un asesino en serie, no encuadra dentro del concepto<sup>959</sup>. A su vez, puede

---

población de un territorio no ocupado que, al acercarse al enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin disponer de tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, con ciertos requisitos, de tal manera que todas las personas mencionadas en dicha norma no son población civil.

<sup>957</sup> Al respecto se puede ver CPI, *Caso The Prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717.

<sup>958</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 206.

<sup>959</sup> Un ejemplo del carácter generalizado del crimen resulta de los datos que se aportan en la Solicitud de autorización de investigación en la situación de Kenia cuando se enuncia “(...)a magnitud de la violencia postelectoral resultó en un informe de 1.133 a 1.220 asesinatos de civiles, más de novecientos actos documentados de violación y otras formas de violencia sexual, con muchos más no denunciados, el

resultar de un ataque en un área geográfica amplia o reducida pero dirigido a un gran número de civiles.

Cuando se habla de “*sistemático*”<sup>960</sup>, se ha entendido que los crímenes deben llevarse a cabo de acuerdo a un cierto plan preconcebido o un patrón de conducta<sup>961</sup>, es decir, requiere una elaboración ordenada, y metódica de un programa para lograr el objetivo<sup>962</sup>. La política de Estado o de una organización ha sido considerado por la jurisprudencia de la CPI como

“(…) El requisito de la política estatal o de una organización implica que el ataque sigue un patrón regular. Tal política puede ser realizada por grupos de personas que gobiernan un territorio específico o por una organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. El ataque no necesita ser formalizado. De hecho, un ataque que es planeado, dirigido u organizado (en oposición a espontáneo o aislado) satisfaría el criterio”<sup>963</sup>.

A su vez, la condición de grupo organizado deberá analizarse en cada caso en concreto, que conforme a lo establecido por GIL GIL, el artículo 7 del ECPI menciona una serie de criterios, sin carácter exhaustivo u obligatorios, pero que sirven de orientación al momento de adoptar una decisión, observando el grupo está jerarquizado o actúa bajo un mando responsable; tiene los medios para adelantar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, o profiere, explícita o implícitamente, la intención de tal ataque;

---

desplazamiento interno de 350.000 personas y 3.561 actos reportados que causan lesiones graves”. En relación a la misma situación, en la Decisión sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia (Sala de Cuestiones Preliminares II) de 31 de marzo de 2010, se señala que “En cuanto al período comprendido entre el 27 de diciembre de 2007 y el 28 de febrero de 2008, se informa que murieron entre 1.133 y 1.220 personas, alrededor de 3.561 resultaron heridas y hasta aproximadamente 350.000 personas desplazadas. Además, se informó que durante este período se produjo un aumento en el número de violaciones y otras formas de violencia sexual” (par. 131).

<sup>960</sup> Véase TPIY, *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, párr. 203.

<sup>961</sup> TPIR, *Caso The persecutor c. Kayishema y Ruzindana*, sentencia del 21 de mayo de 1999, No. ICTR-98-33-T.

<sup>962</sup> Al respecto, la CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, situación en la República Centro Africana*, Pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos), No. ICC-01/05-01/08-424, expresó “(...)La Cámara termina que los soldados del MLC, al tomar el control de los antiguos territorios CAR controlados por los rebeldes, realizaron ataques siguiendo el mismo patrón. Regularmente amenazaron a los civiles por esconder rebeldes en sus casas o cometieron crímenes contra sibilantes considerados rebeldes por los soldados del MLC, siguieron un sistema establecido de ataque casa por casa destinado a crear un clima de miedo, irrumpieron en casas, saquearon bienes y cometió otros delitos como la violación si los civiles se resistieron a las tropas. Además, actuaron en grupos a menudo dirigidos a las mismas casas varias veces al día” (par. 115).

<sup>963</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 396.

ejerce el control sobre una parte del territorio de un Estado, o su propósito principal son las actividades criminales contra la población civil<sup>964</sup>.

Ahora, ataque a la “población civil” significa una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos a que se refiere el ECPI, a fin de cumplir con la política de un Estado o de una organización de cometer esa agresión, sin que necesariamente sean de naturaleza militar<sup>965</sup>. Lo anterior hace referencia expresa al conocimiento y voluntad de orientar una ofensiva a sabiendas que se trata de personas que pertenecen a la comunidad<sup>966</sup>, abarcando colectivos más allá del concepto población civil contenido en el DIH.

Adicionalmente, los Elementos de los Crímenes señalan que la “*política de cometer ese ataque*” requiere que un Estado o una organización promueva o incite activamente hechos físicos consistentes en un conjunto de agresiones o que pongan en peligro o riesgo real e inmediato contra una población civil, sin embargo, se puede dar de manera excepcional mediante una omisión deliberada de actuar dirigida a estimular el ataque. En opinión de GIL GIL esto

“(…) debe interpretarse en el sentido de que no basta una inactividad política debida a mera negligencia o incapacidad de un Estado o una organización, pero sí debe admitirse, en una interpretación teleológica y sistemática, la mera tolerancia dirigida conscientemente a posibilitar la comisión de los crímenes, tal y como han establecido algunas decisiones de los tribunales”<sup>967</sup>.

Respecto a los elementos subjetivos, en el caso de los crímenes de lesa humanidad estamos ante delitos intencionales, los cual supone que la conducta esté acompañada de representación y voluntad de realizar los elementos previstos en el tipo penal. Bajo esta perspectiva, la fase subjetiva son el conocimiento y la intención de realizar una o mas actos de las previstas en el ECPI.

A su vez, el autor debe tener la noción de que el ataque se realiza en el contexto enunciado anteriormente, de manera general, no necesariamente precisa o detallada. Esta afirmación encuentra sustento en el artículo 7.2 de los Elementos del Crimen de la CPI

---

<sup>964</sup> Vid. GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad” en *Derecho Penal Internacional*, Coord. por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 369-387. Madrid: Editorial DYKINSON, 2016, p. 374.

<sup>965</sup> Por política se debe entender una directriz, plan, forma de reacción, tratamiento o estrategia general a seguir.

<sup>966</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Galic*, sentencia de 5 de diciembre de 2003, No. IT-98-29-T.

<sup>967</sup> *Ibíd.*, p. 374.



expresando “(...) no debe interpretarse en el sentido que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”.

Lo anterior quiere expresar que el autor debe saber o conocer del contexto general de ataque a una población civil en el que se comete ese hecho, como dolo especial, es decir, conocer que existe un plan o política y que su acción contribuye a la realización de la misma. No obstante, aunque su comportamiento ayude al ataque o decida no tomar medidas para evitarlo, de conformidad con la jurisprudencia internacional se ha considerado que no tiene porqué saber los detalles de la política ni siquiera estar de acuerdo con ella<sup>968</sup>, de tal manera que, si no se cuenta con este elemento subjetivo, podrá ser catalogado como hecho sancionable penalmente, pero no encuadraría dentro de los crímenes contra la humanidad.

En cuanto a la posibilidad de imputar bajo la modalidad de dolo eventual, conforme al artículo 30 del ECPI parecería que no sería aplicable en la medida que en los crímenes de lesa humanidad la conducta debe ser intencional, de tal manera que debe materializarla y se propone causarla con el curso normal de los hechos, elementos que no se cumplen en el dolo eventual<sup>969</sup>.

Excepcionalmente, la imprudencia podría aceptarse en el caso de la responsabilidad de los jefes militares como elemento subjetivo, en el caso en que se hayan cumplido con los requisitos del artículo 28 del ECPI, es decir cuando “hubieren sabido o debido saber que se estaban cometiendo estos crímenes o se proponían cometerlos”, o por “no haber ejercido el control apropiado” o “deliberadamente hubieren hecho caso omiso de la información”, caso en el cual caben tanto el dolo como la imprudencia.

A modo de conclusión se puede afirmar que lo importante es que los instrumentos jurídicos establecidos han logrado atajar el debate sobre la posibilidad de adoptar una Convención general sobre la prevención y sanción de los crímenes contra la Humanidad que, por el momento, sólo se mantiene en el ámbito académico, destacándose la redacción de un Proyecto de Convención en ese sentido por un grupo de expertos que toma como

---

<sup>968</sup> TPIY, *Caso The persecutor c. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 12 de junio de 2002, No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, par. 102-104.

<sup>969</sup> Cfr. AMBOS, K. *La Corte Penal Internacional*, Santafé: Ed. Rubinzal, 2007. p. 271.

referencia los elementos establecidos en el ECPI<sup>970</sup>, en la medida dentro del desarrollo jurídico que ha tenido esta figura parece encontrarse claridad en su aplicación.

### **2.3.3.- Los crímenes contra la humanidad en el derecho interno colombiano**

En lo que tiene que ver con los crímenes contra la humanidad, la ley penal colombiana no tipifica propiamente los crímenes de lesa humanidad, es decir, no existe un título o capítulo que se que se ocupe de esas conductas en el Código Penal, salvo la violencia sexual, reglamentado por la Ley 1719 de 2017<sup>971</sup>. La razón principal para tomar esta decisión ha sido la dificultad que se originaba al tipificar ciertos comportamientos bajo las exigencias de que los hechos se realicen de manera generalizada y sistemática, regulación que no es propia del derecho interno.

Este aspecto ha generado dificultades, puesto que el ECPI no tiene aplicación directa por parte del juez interno<sup>972</sup> y la literatura ha hecho referencia a determinadas conductas delictivas de especial gravedad, sin que exista una tipificación específica en la regulación colombiana, las cuales han tenido una mayor importancia frente a otros delitos internacionales para las autoridades<sup>973</sup>. En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal expresando que tales delitos “(...) fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que prevén bienes jurídicos tradicionales”<sup>974</sup>.

No obstante, existen varias disposiciones normativas que hacen referencia a los crímenes de lesa humanidad, donde se puede encontrar la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad<sup>975</sup>; la aplicación de los criterios de selección y priorización para centrar esfuerzos en la investigación de los máximos responsables en el proceso de justicia transicional<sup>976</sup>, a pesar de no haber definido estos crímenes, remitiendo al Código Penal

---

<sup>970</sup> Vid. Declaración sobre la necesidad de una Convención general sobre crímenes contra la Humanidad de 12 de diciembre de 2010, promovida por el Whitney R. Harris World Law Institute, Washington University Law y L. NADYA SADAT (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011.

<sup>971</sup> Congreso de República de Colombia, Diario oficial 49.186 de 18 de junio de 2014.

<sup>972</sup> Cfr. Corte Constitucional en Sentencia C – 578 de 2002. Posición reiterada en la Sentencia C – 290 de 2012.

<sup>973</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Caso Maza Márquez*, Auto de 27 de enero de 2015 y Sentencia del 23 de noviembre de 2016 Rad. 44312. En el mismo sentido se pronuncia la Corte Constitucional. Sentencia C – 620 de 2011.

<sup>974</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre del 2009. Rad. 32022.

<sup>975</sup> Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>976</sup> Artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012.

vigente al momento de los hechos; la imposibilidad de otorgar amnistías o indultos, o beneficios penales como la renuncia a la persecución penal a los autores de este delito<sup>977</sup>. Pese a lo anterior, la jurisprudencia nacional ha venido creando por vía de interpretación los crímenes de lesa humanidad, tomando como fundamento el bloque de constitucionalidad, permitiendo en algunos casos invocar la imprescriptibilidad de esas conductas y continuar el proceso, no obstante que el término de prescripción de la acción penal se encontraba vencido<sup>978</sup>.

La Corte Constitucional ha expresado que los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por

“(…) causar sufrimientos graves a la víctima o atentar contra su salud mental o física; inscribirse en el marco de un ataque generalizado y sistemático; estar dirigidos contra miembros de la población civil y ser cometido por uno o varios motivos discriminatorios especialmente por razones de orden nacional, político, étnico, racial o religioso”<sup>979</sup>.

Si bien es cierto el Código Penal consagra varias conductas que se encuentran enunciadas en el Estatuto Roma como el homicidio<sup>980</sup>, la desaparición forzada<sup>981</sup>, la tortura<sup>982</sup>, el desplazamiento forzado<sup>983</sup>, su aplicación es problemática en lo que tiene que ver con el elemento de contexto, es decir sean cometidos en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o que sean parte de una política de un Estado o de una organización, características que requieren los crímenes contra la humanidad en la regulación internacional, lo que para algunos autores se ha entendido

---

<sup>977</sup> Artículo 42 y ss de la Ley 1957 de 2019.

<sup>978</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Caso Masacre de Segovia*. Sentencia de 15 de mayo de 2013. Rad. 33118 donde se condenan hechos sucedidos en 1988; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Caso Maza Márquez*, Auto de 27 de enero de 2015 y Sentencia del 23 de noviembre de 2016 Rad. 44312, donde se juzgan hechos del año 1989; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 23 de noviembre de 2011. Rad. 36828, donde se juzgan hechos de 1985.

<sup>979</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 1076 de 2002.

<sup>980</sup> Artículo 103 y siguientes del Código Penal Colombiano.

<sup>981</sup> Artículo 165 y siguientes del Código Penal Colombiano. La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 1 de julio de 2009. Rad. 28935 consideró que el delito de desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad con fundamento en la doctrina de la CIDH, tribunal internacional que no es el encargado de determinar la existencia de los delitos, sino de la responsabilidad del Estado por graves violaciones de derechos humanos.

<sup>982</sup> Artículo 178 y 179 del Código Penal Colombiano.

<sup>983</sup> Artículo 180 y siguientes del Código Penal Colombiano.

como un incumplimiento por parte del Estado colombiano de ajustar la legislación interna en lo que tiene que ver con la tipicidad de estos crímenes<sup>984</sup>.

Ante esta situación, los jueces deben enfrentarse entre la posibilidad de juzgar a los autores de los crímenes de lesa humanidad con los delitos del derecho penal clásico, lo que conduciría a desconocer que estas figuras fueron destinadas a sancionar hechos que conforman actos punibles internacionales; o por otro lado, aplicar de manera directa lo establecido en el ECPI, con base en la ratificación realizada del mismo por Colombia y que al proteger derechos humanos hace parte del bloque de constitucionalidad, olvidando garantizar el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política<sup>985</sup>.

La decisión que se ha adoptado a partir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es aplicar directamente el ECPI, con base en el principio de integración donde debe acudir a los instrumentos internacionales conforme al bloque de constitucionalidad, lo que obliga a las autoridades a emplear dichas normas<sup>986</sup>. Bajo esta circunstancia, corresponderá analizar en la circunstancia fáctica, los elementos de los crímenes contra la humanidad contenidos en el artículo 7 del ECPI, que fueron explicados en líneas anteriores dentro del presente escrito<sup>987</sup>.

Esta decisión ha tenido un efecto directo frente al principio de legalidad, irretroactividad y favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política<sup>988</sup>,

---

<sup>984</sup> Vid. FERNÁNDEZ MEJÍA, D., “Atipicidad de los crímenes de lesa humanidad, una revisión del caso colombiano”, *Opinión Jurídica*, Vol. 10, No. 20, pp. 19-34, Medellín, julio-diciembre 2010. p. 27.

<sup>985</sup> Actualmente en Colombia existen muchos procesos en curso o culminados donde se imputa la comisión de crímenes de lesa humanidad, dentro de los que podemos encontrar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Caso Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las Autodefensas*. Sentencia de 5 de diciembre de 2018, Rad. 50236; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Caso Maza Márquez*, Auto de 27 de enero de 2015 y Sentencia del 23 de noviembre de 2016 Rad. 44312; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso de Jesús Ignacio Roldán Pérez “Alias Monoleche”*, sentencia del 16 de diciembre de 2015. Rad. 45.321.; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso del coronel Luis Alfonso Plazas Vega*, sentencia del 16 de diciembre de 2015. Rad. 38.957; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal *Caso del ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus*, sentencia de 3 de diciembre de 2009. Rad. 32672; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso de Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, sentencia del 21 de septiembre de 2009. Rad. 32022; entre otros.

<sup>986</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre del 2009. Rad. 32022. En el mismo sentido, se encuentra Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Caso Maza Márquez*, Auto de 27 de enero de 2015 y Sentencia del 23 de noviembre de 2016 Rad. 44312.

<sup>987</sup> La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal incluso ha emitido conceptos favorables para extradición sobre hechos relacionados con crímenes de lesa humanidad. Véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Concepto de 10 de agosto de 2016. Rad. 47965.

<sup>988</sup> La norma expresa “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”

donde se podría concluir que nadie puede ser juzgado por la comisión de un delito de lesa humanidad teniendo en cuenta la ausencia de tipificación, puesto que el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>989</sup>, ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968<sup>990</sup> se pronuncia en ese sentido.

No obstante lo anterior, múltiples pronunciamientos de Tribunales Internacionales de protección de Derechos Humanos han considerado que si es posible la aplicación de una tipificación posterior en el caso de graves violaciones a los mismos<sup>991</sup>. Incluso en ese mismo orden se analizó desde el TMI de Núremberg y Tokio, fundados en principios *ius naturalistas* de la persecución penal de conductas que no que no eran reprochables por las legislaciones internas.

Al respecto se considera que esta posición no es la adecuada, puesto que en primer lugar se está dejando de lado la naturaleza jurídica del artículo 7 del ECPI, es prohibir unas conductas dirigidas a proteger atributos de las personas, es decir, es sancionatoria y no constitutiva de derechos humanos. Por otro lado, se está olvidando que al interior del proceso penal el autor del crimen también debe contar con garantías que le permitan ejercer sus derechos, que a pesar de haber realizado eventualmente actos reprochables y de la naturaleza más grave en relación con los derechos humanos, desatender la existencia de una ley previa provoca una desigualdad y en cierta forma arbitrariedad al momento de la investigación y sanción de los hechos.

No obstante, el Estado colombiano está obligado a luchar contra la impunidad, principalmente en lo que tiene que ver con violaciones de Derechos Humanos, en

---

<sup>989</sup> Este artículo afirma “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

<sup>990</sup> Congreso de República de Colombia, Diario oficial 32.682 de 26 de diciembre de 1968.

<sup>991</sup> A modo de ejemplo podemos encontrar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el *Caso Almonacid Arellano y otros C. Chile*, sentencia de 26 de septiembre del 2006; o el *Caso La Cantuta C. Perú*, sentencia de 29 de noviembre del 2006. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están el *Caso Kononov c. Lituania*, sentencia de 24 de julio del 2008; *Caso Papon c. Francia*, sentencia de 15 de noviembre del 2001; *Caso Touvier c. Francia*, sentencia de 13 de enero de 1997; *Caso Kolk c. Estonia*, sentencia de 17 de enero del 2006; *Caso Penart c. contra Estonia*, sentencia de 24 de enero del 2006; *Caso Streletz y Otros c. Alemania*, sentencia de 22 de marzo del 2001; *Caso S.W.c. Reino Unido*, sentencia de 22 de noviembre de 1995

cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos<sup>992</sup>. Para ello los funcionarios judiciales deben acudir a las normas del bloque de constitucionalidad y no solo a la regulación interna<sup>993</sup>. En esta medida, la conducta no requiere estar nominada expresamente en el ordenamiento legal, y el operador jurídico deberá motivar las características especiales de los crímenes de lesa humanidad (sistematicidad, generalidad, población civil), imputando los delitos nacionales preestablecidos, con respeto al principio de proporcionalidad de la pena<sup>994</sup>.

Relacionado con este tema, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha expresado

“La declaración de crimen de lesa humanidad es un acto de connotación judicial que bien puede hacerlo el funcionario de la Fiscalía General de la Nación que cumple el papel de acusador, o bien el juez del conocimiento. En suma, los homicidios agravados y en persona protegida en los que incurrió el acusado directamente o por intermedio del aparato organizado de poder (autodefensas), mal llamadas acciones de “limpieza social”, que revisten las características de ser conductas sistemáticas, generalizadas, que tuvieron por fin acabar con personas de la población civil, expendedores de droga, etc., ciertamente que deben ser considerados como crímenes de lesa humanidad, causados en once “acciones de limpieza social” (típicos asesinatos) de que tratan los 50 atentados contra la vida”<sup>995</sup>.

Por último, es importante poner de manifiesto que la Corte señaló que la declaratoria de una conducta como crimen de lesa humanidad, adicionalmente de distinguir la magnitud del daño y la entidad de los delitos cometidos, tiene relevantes efectos jurídicos como

“Son crímenes imprescriptibles. Son imputables al individuo que los comete, sea o no órgano o agente del Estado. Tampoco, puede ser eximido de responsabilidad penal por el hecho de haber actuado en cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico: esto significa, que no se puede invocar el principio de la obediencia debida para eludir el castigo de estos”<sup>996</sup>.

---

<sup>992</sup> Véase Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C, Auto del 17 de septiembre de 2013, rad. Interno 45092. Par. 9.23.4. y ss.

<sup>993</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre del 2009. Rad. 32022.

<sup>994</sup> Vid. FORER, A., y LÓPEZ DÍAZ, C., *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá D.C.: Cooperación técnica alemana – PROFIS, 2010. p. 47.

<sup>995</sup> Corte Suprema de Justicia. *Caso “El Iguano”*. Auto de 11 de marzo del 2010. Rad. 33301.

<sup>996</sup> *Ibíd.* Esta posición se ha reiterado en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de junio de 2014. Rad. 35115. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado “en armonía con el Tratado de

Para concluir, se puede manifestar que se está ante la necesidad inaplazable de que se legisle sobre este tema y se expida una norma que permita armonizar el derecho interno con las disposiciones internacionales, pues mientras tanto será la autoridad judicial quien deberá calificar al momento de realizar su análisis si la conducta se encuentra conforme a los elementos característicos de los crímenes de lesa humanidad, asumiendo competencias que no le corresponde, al punto que ha llegado a calificar el delito de concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como de lesa humanidad<sup>997</sup>, infracción que no es calificado como tal por ningún instrumento internacional. No obstante, si se evidencia una incapacidad del Estado en la persecución de estos hechos que conduzca a la impunidad, puede abrir la puerta para que en ejercicio del principio de complementariedad se active la competencia de la CPI, por ello resulta importante ajustar el Código Penal conforme al Derecho Penal Internacional.

### **3.- Descripción de los actos violentos desarrollados por los actores en el conflicto armado colombiano**

Este breve acápite del escrito no pretende, ni podría ofrecer una descripción de todo el conjunto de violencias, agresiones e infracciones que sufrió la población durante el conflicto. Explicar la forma como se ha desarrollado la confrontación armada en Colombia permite entender un impacto profundo de magnitudes incomparables, al punto que desde su inicio no es del todo claro establecer un número exacto de víctimas, puesto que la contienda se ha caracterizado por la imposibilidad de registrar a los afectados, la falta de voluntad política de reconocer la problemática y buscarle una solución definitiva, debido a que los actores han promovido sus hechos fundamentalmente contra la población civil, ya sea para debilitar al adversario o acumular fuerzas, por ello los registros que se enunciarán están relacionados con datos e informes elaborados por diferentes organismos que ha procurado acercarse con exactitud a la realidad.

Tal como lo enuncia el *Informe ¡Basta Ya!*

---

Roma, en el caso de determinadas conductas que constituyen delitos de lesa humanidad la acción penal es imprescriptible”. Sentencia C – 580 del 2002, C – 370 del 2006 y, en especial, C – 1036 del 2006.

<sup>997</sup> Véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 10 de abril de 2008. Rad. 29472; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de marzo de 2009. Rad. 30510; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de septiembre de 2009. Rad. 29640; y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 22 de diciembre de 2009. Rad. 31582.

“En Colombia, el conflicto armado no tiene una modalidad de violencia distintiva. Los actores armados enfrentados han usado y conjugado todas las modalidades de violencia. Todos han desplegado diversas modalidades y cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad, haciendo a la población civil la principal víctima del conflicto. Pero no todos los grupos y organizaciones armadas practicaron con la misma intensidad y con igual grado de sevicia las modalidades de violencia, aunque todos fundaron en ella sus estrategias”<sup>998</sup>.

Justamente los análisis de la forma criminal como han procedido los actores del conflicto denotan que su participación en la confrontación fue disímil y sus estrategias se desarrollaron de manera disconforme. Por un lado, los miembros de la Fuerza Pública cometieron hechos de desapariciones forzadas, torturas, asesinatos selectivos y detenciones arbitrarias. Por su parte, las guerrillas acudieron a los secuestros, extorsiones, asesinatos selectivos, actos terroristas y reclutamiento forzado. Por último, los grupos paramilitares ejecutaron desplazamientos forzados, masacres, desapariciones forzadas y asesinatos selectivos, muchas veces con la ayuda ya sea por acción o por omisión de la Fuerza Pública, como ya se ha manifestado<sup>999</sup>. A modo de conclusión, el *Informe ¡Basta Ya!* expresa

“(…) La violencia contra la integridad física es el rasgo distintivo de la violencia paramilitar, mientras que la violencia contra la libertad y los bienes define la violencia guerrillera. En otras palabras, los paramilitares asesinan más que las guerrillas, mientras que los guerrilleros secuestran más y causan mucha más destrucción que los paramilitares”<sup>1000</sup>.

Teniendo en cuenta el impacto social que ha generado la violencia desplegada por los actores del conflicto, se hace necesario contextualizar las diferentes modalidades que se han desarrollado en el marco del conflicto armado en Colombia, puesto que a diferencia de otras confrontaciones, no se trata propiamente de una guerra entre combatientes, debido a que la población civil se ha visto afectada y su impacto es incomparable.

Para desarrollar este estudio, tendremos en cuenta lo enunciado por la Comisión IDH en el *Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, el Registro Único de Víctimas – RUV, los trabajos realizados por el Centro Nacional de Memoria Histórica – CNMH y los informes remitidos

---

<sup>998</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 20.

<sup>999</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 20.

<sup>1000</sup> *Ibíd.* p. 35.



por la Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz, para tener una idea general frente a ciertos hechos que podrían acercarse a la categoría de crímenes de Derecho Internacional o que son objeto de análisis preliminar por parte de la CPI<sup>1001</sup> y que de conformidad con los criterios de priorización y selección serán objeto de investigación.

### **3.1.- Vulneraciones al derecho a la vida: Asesinatos selectivos, masacres y ejecuciones extrajudiciales**

La afectación del derecho a la vida<sup>1002</sup> mediante la eliminación del contrincante, el homicidio y los asesinatos de la población civil fue una de las estrategias que más se utilizó por parte de los actores en el desarrollo del conflicto armado, mediante diversas modalidades donde se pueden observar casos de ejecuciones extrajudiciales, masacres, muertes de civiles en acciones bélicas y crímenes selectivos.

Esta modalidad de violencia ha tenido un impacto social muy alto, donde la vida de la población no cuenta como un valor fundamental para la sociedad, al punto que se ha deshumanizado totalmente el valor fundamental de preservar la existencia del ser humano. Como se verá a continuación, los registros por muertes de personas desbordan la imaginación por la gravedad de sus registros, y aun seguirá dejando una huella en todas las familias que lo han vivido, puesto que conforme al Registro Único de Víctimas se ha reportado un total de 1.001.100 víctimas, de las cuales 266.702 son directas y 734.398 indirectas de este tipo de hechos<sup>1003</sup>, sin tener en cuenta los combatientes.

#### **3.1.1.- Asesinatos selectivos**

Los asesinatos selectivos se pueden considerar como el más representativo ataque al derecho a la vida en desarrollo del conflicto armado, puesto que nueve de cada diez muertes de civiles en el conflicto armado eran de este tipo<sup>1004</sup>. Al respecto, el *Informe ¡Basta Ya!* afirma que

“(…) se documentan 23.161 asesinatos selectivos entre 1981 y el 2012. De este total, 8.902 muertes, es decir el 38,4% fueron ocasionadas presuntamente por grupos paramilitares; 6.406 o el

<sup>1001</sup> Al respecto CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Óp. Cit.

<sup>1002</sup> El artículo 11 de la Constitución Política de Colombia enuncia “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

<sup>1003</sup> Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. Fecha de consulta 30 de marzo de 2019.

<sup>1004</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 43.

27,7% fueron perpetradas por grupos armados no identificados; 3.906 correspondientes al 16,8% fueron responsabilidad de las guerrillas; 2.340, el 10,1%, las cometieron miembros de la Fuerza Pública; 1.511, o sea el 6,5%, las ocasionaron desconocidos; 83 muertes, equivalentes al 0,4%, fueron cometidas por grupos paramilitares y la Fuerza Pública en acciones conjuntas; y 13 más, o el 0,05%, fueron el resultado de la acción de otros grupos, entre ellos milicias populares y agentes extranjeros”<sup>1005</sup>.

Los asesinatos selectivos se constituyeron en un mecanismo para generar terror por parte de los actores del conflicto frente a sus contendores, fundamentalmente por la forma como se llevaban a cabo, con serias muestra de crueldad, propagando la percepción que nadie se encontraba seguro, al punto que se han registrado actos cometidos por la Fuerza Pública, quien se supone protege a los ciudadanos como representante del Estado. Conforme a las víctimas, se ha podido documentar que

“(…) 1.227 líderes comunitarios, 1.495 militantes políticos, 685 sindicalistas<sup>40</sup> y 74 defensores de Derechos Humanos. También se cuentan 1.287 asesinatos de funcionarios públicos y/o autoridades políticas. Entre los militantes políticos asesinados, cinco de cada diez participaban en partidos o movimientos políticos de izquierda. Entre los movimientos y partidos políticos, la Unión Patriótica registró 503 víctimas de asesinato selectivo, seguida del Partido Liberal con 329; el Partido Comunista con 158; el Partido Conservador con 151; y Esperanza, Paz y Libertad con 110”<sup>1006</sup>.

Ahora, los asesinatos selectivos podrán ser catalogados como delitos internacionales ya sea crímenes de lesa humanidad o genocidio, en el entendido que pueden ser objeto de un plan o política, es decir, una práctica sistemática y generalizada, o se encaminen a la destrucción total o parcial de un grupo humano, requisitos y elementos enunciados previamente para cada infracción. Por esta razón, y por su impacto en el desarrollo del conflicto interno colombiano, la JEP está en la obligación de resolver estas conductas investigándolas y si es del caso, imponer las sanciones correspondientes a sus autores.

### **3.1.2.- Masacres y ejecuciones extrajudiciales**

En lo que tiene que ver con las masacres, es decir, el homicidio intencional de un grupo plural de 4 o más personas en iguales circunstancias fácticas de modo, tiempo y

---

<sup>1005</sup> Ibíd. p. 43. Cabe resaltar que al interior del proceso de Justicia y Paz, los grupos paramilitares han reportado un total de 25.757 asesinatos.

<sup>1006</sup> Ibíd. p. 46.

lugar, dirigidas para desterrar y destruir a las comunidades<sup>1007</sup>, ocurrieron en más de 500 municipios como modalidad de violencia donde

“(…) la participación de los actores armados en las 1.982 masacres cometidas entre 1980 y 2012 (58,9%, grupos paramilitares; 17,3%, guerrillas; 7,9%, Fuerza Pública; 14,8%, grupos armados no identificados; 0,6%, paramilitares y Fuerza Pública en acciones conjuntas; y 0,4%, otros grupos) revela que de cada diez masacres seis fueron perpetradas por los grupos paramilitares, dos por las guerrillas y una por miembros de la Fuerza Pública”<sup>1008</sup>.

Los actores del conflicto desplegaron esta modalidad asesinando a más de 7.000 personas, de las cuales el 7,4% corresponde a actos desarrollados por la Fuerza Pública, el 17,6% a la guerrilla y el 61,8% a los paramilitares. Los demás porcentajes se distribuyen en acciones conjuntas entre los actores del conflicto y hechos realizados por grupos no identificados<sup>1009</sup>. Sin lugar a dudas lo más preocupante de las masacres fue la colaboración de la Fuerza Pública a los grupos paramilitares, quienes confesaron dichas circunstancias en los procesos de Justicia y Paz y quedó comprobado por la CIDH<sup>1010</sup>.

Estos hechos deben ser calificados conforme a las circunstancias de tiempo en que se llevaron a cabo. A finales de los años ochenta tenían como fin rechazar los triunfos políticos de grupos de izquierda, principalmente de la Unión Patriótica y desplegados por

---

<sup>1007</sup> Así se define por parte del Gobierno colombiano. Cfr. HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2012: Colombia*. New York. Disponible en <https://www.hrw.org/world-report/2012/country-chapters/colombia>

<sup>1008</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 47.

<sup>1009</sup> Cfr. Ibíd. p. 48.

<sup>1010</sup> Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de condenar a Colombia en casos como *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005; *Caso Masacre de La Rochela c. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2006; *Caso Masacres de Ituango C. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006; *Caso de La Masacre de Pueblo Bello C. Colombia*, sentencia de 25 de noviembre de 2006; *Asunto Valle Jaramillo c. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008; *Caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012; *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) C. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013; y *Caso Vereda La Esperanza C. Colombia*, sentencia de 31 de agosto de 2017. Al respecto también se pronunció la Comisión IDH en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 69, 30 diciembre 2011, Capítulo IV. Colombia; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 5 corr. 1, 7 marzo 2011, Capítulo IV. Colombia; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, Capítulo IV. Colombia; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008*, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, Capítulo IV. Colombia; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007*, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, Capítulo IV. Colombia; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006*, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4, rev. 1, 3 marzo 2007, Capítulo IV. Colombia.

los paramilitares, con la idea de exterminar ese conglomerado social, pudiéndose considerar actualmente como un delito de genocidio.

Posteriormente, entre los años 1996 a 2002 se da un incremento considerable en esta forma inhumana de actuar, promovida por la expansión paramilitar y consolidar el territorio ocupado<sup>1011</sup>, aunque también se atribuyen casos a los grupos guerrilleros<sup>1012</sup>, en un impacto menor y como respuesta a la ofensiva de las AUC, lo que podría asimilarse más a un crimen de lesa humanidad. Al respecto, el *Informe ¡Basta Ya!* pone de manifiesto que

“(…) Los paramilitares usaron las masacres como la única acción eficaz para golpear y desmoralizar a la guerrilla, con lo cual aspiraban a ser reconocidos como un tercer actor político que podría tener asiento en la mesa de negociaciones. En último caso, buscaban acabar con la negociación misma por considerarla desventajosa para los intereses del proyecto paramilitar”<sup>1013</sup>.

Estos actos se realizaban con total crueldad y sevicia, como estrategia de terror al mantener en exhibición pública de los cuerpos de las víctimas, los cuales denotaban el degradamiento de la guerra y la inobservancia de los Derechos Humanos. A su vez, se complementaban con otro tipo de hechos como violaciones a mujeres, desapariciones forzadas, destrucción de viviendas, desplazamiento forzado y despojos de tierras<sup>1014</sup>.

A partir del año 2003, como consecuencia de la negociación con los grupos paramilitares, el número de masacres disminuyó considerablemente y dejó de utilizarse

---

<sup>1011</sup> Dentro de estos actos se pueden destacar la masacre de La Holanda en San Carlos, Antioquia, perpetrada el 25 de octubre de 1998, dejando como saldo 13 víctimas mortales. También el caso de la masacre de La Gabarra – Norte de Santander del 21 de agosto de 1999 con un total de 32 víctimas, O la masacre de Barrancabermeja – Santander, cometida el 16 de mayo de 1998 y que dejó 7 víctimas y 22 desaparecidos; la de El Salado – Bolívar, perpetrada entre el 16 y el 21 de febrero del 2000 y que dejó 60 víctimas; la de Chengue – Bolívar, el 17 de enero del 2001 con 35 víctimas; la de El Tigre – Putumayo, el 9 de enero de 1999 con 28 víctimas; y la de El Aro en Ituango – Antioquia, el 25 de octubre de 1997 con un total de 14 víctimas. Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 51 y 52.*

<sup>1012</sup> A las FARC-EP se les atribuye 221 eventos entre 1993 a 2008, de las que se destacan la masacre de los 11 diputados de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca el 18 de junio de 2007 y la masacre de Bojayá – Chocó el 2 de mayo de 2002 donde murieron 78 personas. A modo de ejemplo se encuentran también otros actos como la de Dos Quebradas, Dinamarca y La Tupiada, en San Carlos, perpetrada el 16 de enero del 2003 en la región del oriente antioqueño, y que dejó un saldo de 18 víctimas; la de La Gabarra, cometida el 15 de junio del 2004, en la región del Catatumbo – Norte de Santander, que tuvo como resultado 34 víctimas asesinadas; la de Tierralta – Córdoba, realizada el 22 de mayo del 2001, que dejó 24 víctimas mortales. Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 52.*

<sup>1013</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 51.*

<sup>1014</sup> Cfr. GMH, *La tierra en disputa. Memorias del despojo y resistencias campesinas en la Costa Caribe, 1960-2010*, Bogotá D.C.: Ed. Taurus, 2010. p. 18.

como un mecanismo de desarrollo de la violencia, momento en el que infortunadamente se evidenciaron cifras de ejecuciones extrajudiciales, es decir homicidios de personas civiles (principalmente campesinos y líderes comunitarios) llevados a cabo por la Fuerza Pública para ser presentados como muertes en combate, aspecto que se denominó públicamente como “falsos positivos”<sup>1015</sup>, a lo que la Comisión IDH en el *Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, puso de presente que

“(…) el Estado es responsable por las violaciones de derechos humanos derivadas de un uso abusivo y falta de proporcionalidad de la fuerza utilizada por las fuerzas de seguridad. Por ello, resulta de la mayor importancia que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar la protección de civiles y propender a una delimitación precisa de la proporcionalidad del uso de la fuerza tanto en el contexto como fuera de la situación de enfrentamiento armado”<sup>1016</sup>.

Todos estos hechos promueven una gran preocupación por la comunidad internacional, teniendo en cuenta que la Fiscalía de la CPI en su Informe sobre las actividades de examen preliminar del año 2016 analizó los procedimientos adelantados por las autoridades colombianas en la investigación y juzgamiento de estos acontecimientos, verificando si se han cumplido los estándares del ECPI<sup>1017</sup>.

A modo de ejemplo se debe destacar que actualmente fue avocado el conocimiento por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP en el Caso No. 003 conforme al Auto 005 del 17 de julio de 2018 lo correspondiente a las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado, lo que denota la importancia que tienen estos hechos al interior de la justicia transicional, y que algunos órganos judiciales han catalogado como una práctica sistemática y generalizada en materia de violaciones graves a Derechos Humanos<sup>1018</sup>, aunque aun falta que se inicien los

---

<sup>1015</sup> Conforme a los informes remitidos por la Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz, se han identificado 2.248 víctimas entre 1988 y 2014, siendo el periodo con mayor victimización los años comprendidos entre 2006 y 2008 con el 59,3% de los casos. Cfr. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-realiza-segunda-entrega-de-informes-a-la-jurisdiccion-especial-de-paz/>

<sup>1016</sup> Comisión IDH. *Informe Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13 de 31 diciembre 2013. Par. 136.

<sup>1017</sup> Cfr. CPI. *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*. 2016. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf>

<sup>1018</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2016, Exp. 00479-11.

juzgamientos respecto de otros casos emblemáticos en Colombia. Cabe resaltar que la Comisión IDH expresó que

“(…) estará atenta a lo que resuelvan los jueces de la JEP sobre la relación de dichas conductas con el conflicto armado, las garantías brindadas a las víctimas para su participación en el proceso y al desarrollo de una investigación seria, imparcial y efectiva”<sup>1019</sup>.

Se puede concluir que existe un gran número de actos victimizantes realizados por los grupos en el marco del conflicto armado como desarrollo de una política de exterminio hacía el contendor y terror a la población civil, los cuales deberán ser investigados y juzgados en procura de impedir que la consciencia ciudadana considere que la existencia del ser humano tiene un valor para el Estado, evitando repetir la victimización y la invisibilización de estos actos.

### **3.2.- Vulneraciones contra la libertad individual: Desaparición forzada, secuestros, y reclutamiento ilícito**

El derecho a la libertad individual en Colombia<sup>1020</sup> tuvo muchas formas de vulneración por parte de los actores durante el conflicto armado. Por ello se procederá a verificar los crímenes internacionales relacionados con modalidades de violencia y a que grupos se les atribuye, dentro de las que se pueden encontrar la desaparición forzada, secuestros y el reclutamiento ilícito.

#### **3.2.1.- Desaparición forzada**

Las desapariciones forzadas<sup>1021</sup>, es decir, el crimen de lesa humanidad consistente en la privación de la libertad<sup>1022</sup> de una persona de la cual no se tiene conocimiento de su paradero<sup>1023</sup>, es una de las circunstancias sistemáticas y generalizadas, asociadas y más

---

<sup>1019</sup> Comisión IDH. *Informe anual 2018, Óp. Cit.* Par. 70.

<sup>1020</sup> Artículo 16 y siguientes de la Constitución Política de Colombia.

<sup>1021</sup> Un estudio pormenorizado de esta modalidad de violencia para el caso colombiano se puede encontrar en CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2016; y MANERO SALVADOR, A. “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012, pp. 105-141.

<sup>1022</sup> El artículo 12 de la Constitución Política de Colombia expresa “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>1023</sup> Al respecto, el Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad expresa “La desaparición forzada como mecanismo de violencia opera mediante el arresto, la detención o cualquier otra forma de privación de libertad que ocasiona el ocultamiento de la víctima”.

dolorosas del conflicto, con grandes impactos y daños individuales y colectivos, y menos reconocida por los actores debido a sus presiones dirigidas a impedir la interposición de denuncias o castigar al contendor, lo que ha implicado un desconocimiento de esta afectación, al punto que en algunos casos ha sido confundido con otras formas de violencia como el homicidio o el secuestro.

El Registro Único de Víctimas ha reportado un total de 182.412 víctimas directas e indirectas de este tipo de hechos<sup>1024</sup>, y el Centro de Memoria Histórica habla de un total de 60.630 casos reportados<sup>1025</sup>, lo que supera considerablemente a lo que sucedió en otros países de América Latina<sup>1026</sup>. De los datos se puede concluir que su mayor ocurrencia entre 1995 a 2005 y que actualmente se sigue practicando aunque ha decrecido.

Este crimen es un delito de lesa humanidad<sup>1027</sup>, y en Colombia ha afectado principalmente a líderes sindicales y sus familias, a la población civil y sus familias, a los estudiantes, a los militantes y simpatizantes de los partidos políticos de izquierda y sus familiares, y a los miembros de las organizaciones de defensa de los Derechos Humanos, realizado por los diferentes actores del conflicto armado, donde aproximadamente el 46,1% corresponde a los grupos paramilitares, el 19,9% a las guerrillas, el 8,8% a grupos pos-desmovilización, el 8% a agentes del Estado (relacionadas con los “falsos positivos”) y el 15,9% a grupo armado no identificado<sup>1028</sup>.

La desaparición forzada ha determinado una serie de actos institucionales especiales, en cumplimiento de la obligación internacional de búsqueda de las personas desaparecidas establecidas en la Declaración sobre la protección de todas las personas

---

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit. p. 61.*

<sup>1024</sup> Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. Fecha de consulta 19 de marzo de 2019.

<sup>1025</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia. Óp. Cit. p. 12.*

<sup>1026</sup> Al respecto se ha podido encontrar que se dieron: 485 desapariciones forzadas en Paraguay entre 1958 y 1988 (Cfr. Comisión de Verdad y Justicia, Paraguay, *Informe final, Anive haguã oiko*, Asunción: Comisión de Verdad y Justicia, 2008); 979 en Chile entre 1973 y 1990 (Cfr. Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe final de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991); y cerca de 9.000 en Argentina durante la dictadura militar entre 1976 y 1983 (Cfr. Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas, *Informe Nunca Más*, Buenos Aires: eudeba, 1984).

<sup>1027</sup> Así se interpreta del artículo 165 del Código Penal Colombiano y del artículo 7 del ECPI..

<sup>1028</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia. Óp. Cit. p. 60 y 61.*

contra las desapariciones forzadas<sup>1029</sup>, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el ECPI, y los pronunciamientos emitidos por la Comisión IDH en el *Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, de los que ha concluido que el Estado ha cumplido parcialmente lo recomendado<sup>1030</sup>.

Todo lo anterior condujo a que con ocasión de la negociación de paz con las FARC-EP se constituya la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto Ley 589 de 2017<sup>1031</sup>, entidad que deberá encargarse de garantizar el derecho a la verdad que tienen las víctimas para definitivamente conocer del paradero de sus familiares<sup>1032</sup>.

A su vez, las entidades jurisdiccionales deberán imponer sanciones ejemplarizantes para promover un mensaje de repudio y rechazo social a este tipo de prácticas. En ese caso, se resalta que mediante Auto No. 040 de 11 de septiembre de 2018, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de Hechos y Conductas de la JEP avocó conocimiento de los hechos victimizantes relacionados con la situación territorial de la región de Urabá, específicamente en los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá y Dabeiba, en el departamento de Antioquia; y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí, en el departamento de Chocó, dentro de los que se encuentran entre otras conductas la desaparición forzada.

### **3.2.2.- Secuestros**

Otra forma de afectación al derecho a la libertad fueron los secuestros, entendidos como aquella privación de la libertad de una persona dirigida a mantenerla como rehén o para lograr un rescate, es decir la modalidad extorsiva. Esta forma de violencia fue introducida en el conflicto armado en la década de los ochenta, cuando los grupos

---

<sup>1029</sup> Asamblea General de la ONU. Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992.

<sup>1030</sup> Comisión IDH. *Informe anual 2018*, Óp. Cit. Par. 71-83.

<sup>1031</sup> Declarado exequible por la Corte Constitucional. Sentencia C – 067 de 2018.

<sup>1032</sup> Un estudio sobre la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas puede consultarse en SFERRAZZA, P. *La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y atribución*. Tesis doctoral. Getafe: UC3M – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014.



guerrilleros procedieron de esta forma para financiarse<sup>1033</sup> reteniendo a familiares o miembros de los grupos narcotraficantes, quienes a su vez para protegerse financiaron a los paramilitares<sup>1034</sup>. Por ello, entre 1970 a 2010

“(…) las guerrillas son las mayores responsables de los secuestros relacionados con el conflicto armado. El 90,6% de los casos, porcentaje equivalente a 24.482 secuestros, fue ejecutado por estas; las siguen los grupos paramilitares, que aparecen relacionados en la comisión de 2.541 secuestros, que corresponde a un 9,4%”<sup>1035</sup>.

Esta forma de actuar por parte de las guerrillas, tuvo un uso indiscriminado y masivo a partir de 1996, afectando a más de 900 municipios, donde los sobrevivientes a los ataques a bases militares eran retenidos, y utilizando la modalidad denominada “pescas milagrosas”, que constituía una forma de atacar a ciudadanos que se movilizaban por las carreteras en diversos sectores del país, lo que generó pánico y mayor rechazo por la población en general, cuando se observó la forma como principalmente las FARC-EP amarraban a sus víctimas con cadenas o las encerraban en cercos de alambres en medio de la selva o lugares inhóspitos (lo que recordaba los campos de concentración de la Segunda Guerra Mundial), generando un mayor impacto mediático porque

“(…) a diferencia de otras modalidades de violencia, sus víctimas suelen tener más recursos no solo económicos, sino políticos y simbólicos para comunicar su tragedia a la sociedad. Igualmente los secuestros con carácter político tienen una alta exposición mediática, lo que se hizo patente con las imágenes y las cartas de las pruebas de supervivencia de los llamados ‘canjeables’”<sup>1036</sup>.

---

<sup>1033</sup> De acuerdo a los informes remitidos por la Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz, se logró establecer que entre los años 1996 y 2012, el total de los pagos fue de tres billones seiscientos veinticinco mil seiscientos ocho millones doscientos noventa y siete mil doscientos cincuenta pesos (\$3.625.608.297.250), que equivalen a mil doscientos treinta y tres millones ochocientos noventa y ocho mil (US\$1.233.898.000) dólares. Cfr. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presenta-el-informe-de-las-rentas-criminales-de-las-desmovilizadas-farc-y-el-recuento-historico-de-la-victimizacion-a-lideres-sociales-por-parte-de-agentes-del-estado/>

<sup>1034</sup> Frente al desarrollo histórico del secuestro como modalidad de violencia en el conflicto armado colombiano se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 61 y ss.

<sup>1035</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 65.

<sup>1036</sup> *Ibíd.* p. 70.

Conforme al Registro Único de Víctimas se encuentran 36.860 víctimas directas e indirectas de secuestro<sup>1037</sup>. Cabe resaltar que la implementación de la Política de Seguridad Democrática influyó considerablemente en el actuar de los grupos guerrilleros, principalmente en lo que tiene que ver con los secuestros y extorsiones. A modo de ejemplo, las FARC-EP en el periodo comprendido entre 1998 a 2002 realizaron casi 800 casos anuales, reduciéndose al punto que para el lapso entre 2006 a 2008, no superaba los 100 por año. Frente a los años 2013 y 2014, infortunadamente no existe información oficial, en la medida que podría afectarse la negociación que se adelantaba, no obstante en el año 2015 se hizo público un informe presentado por el Ministerio de Defensa, donde se vislumbra que el nuevo escenario del conflicto ya no solo es la periferia, sino también los sectores donde mayor cultivo de coca hay, y en esos sectores aun se siguen realizando secuestros.

En el caso del ELN de 1998 a 2002 superaban los 700 casos anuales, llegando al año 2004 a poco mas de 130 casos por año. Cabe resaltar que en los últimos años, el número de secuestros no llega a 50 por parte de esta guerrilla<sup>1038</sup>.

A modo de conclusión, la investigación y juzgamiento del secuestro es un reto de la Jurisdicción Especial para la Paz, que conforme al Informe No. 2 remitido por la Fiscalía General de la Nación denominado “Retenciones ilegales de personas por parte de las FARC-EP”<sup>1039</sup> avocó el conocimiento del Caso No. 001 sobre estos hechos mediante Auto No. 002 de 4 de julio de 2018, donde se han adelantado trámites como recibir declaraciones de las víctimas, citar a los victimarios y recibir documentación. Será relevante que este organismo judicial determine claramente si estas conductas son consideradas como un crimen de lesa humanidad, por tratarse de una política sistemática y generalizada dirigida contra la población civil, o si es un crimen de guerra, conforme a los elementos y requisitos enumerados en líneas previas.

---

<sup>1037</sup> Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. Fecha de consulta 20 de marzo de 2019.

<sup>1038</sup> Cfr. RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, *Óp. Cit.* p. 120 y ss.

<sup>1039</sup> Donde se pone de manifiesto que la Fiscalía cuenta con 6.162 investigaciones atribuibles a las FARC – EP por estos hechos, que agrupan 8.163 víctimas y 4.314 procesados. Cfr. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-entrega-primeros-informes-sobre-investigaciones-por-conductas-cometidas-por-las-farc-ep-y-agentes-del-estado-con-ocasion-del-conflicto/>

### 3.2.3.- Reclutamiento ilícito

En lo que tiene que ver con los reclutamientos ilícitos<sup>1040</sup>, es decir, obligar o forzar a menores de 18 años a participar directa o indirectamente en el conflicto armado, fue una de las modalidades de violencia más registrada<sup>1041</sup>. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF reportó 5.156 casos entre 1999 a 2013, de los cuales se atribuyen a las FARC-EP el 60%, a las AUC el 20%, y por último al ELN, con 15% de los casos<sup>1042</sup>.

Las razones que llevaron a acudir al reclutamiento de menores son en primer lugar la cercanía del conflicto armado con los territorios donde se encontraban habitando, y en segundo lugar, el apoyo en las economías del narcotráfico y minería ilegal desplegadas por los grupos armados. Unidas a estos aspectos, se evidencia la falta de educación, condiciones de pobreza y la facilidad que se tiene sobre estos sujetos para adoctrinar y entrenar de cara a la confrontación, resultaba más sencillo realizarlas con menores de edad, quienes bajo esa idea no tienen mucho que perder<sup>1043</sup>.

Esta forma de violencia, tal como se enuncia en el *Informe ¡Basta Ya!*

“La invisibilización de este delito tiene que ver con las estrategias de ocultamiento de los actores armados y también con el miedo de las comunidades frente al hostigamiento cotidiano en sus territorios, que las lleva a no denunciar. Otro elemento crucial en la incompreensión de este delito es la divulgación de un discurso que dice que los menores de edad se vinculan voluntariamente a los actores armados ilegales, así también el ocultamiento de los testimonios y estudios que demuestran el carácter forzado de esta práctica. Ocurre en Colombia que a los menores de edad desvinculados no solo se los rechaza por su pasado, sino que no se consideran verídicos sus relatos”<sup>1044</sup>.

Se deja muy claro que la voluntariedad para el caso del reclutamiento ilícito no tiene lugar a considerarse, teniendo en cuenta las condiciones sociales que tienen los menores que son objeto de dicha actuación, generalmente como consecuencia de los

---

<sup>1040</sup> Un estudio profundo de esta modalidad de violencia para el caso colombiano se puede encontrar en CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Una guerra sin edad. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2017.

<sup>1041</sup> Esta conducta esa sancionada por el artículo 162 del Código Penal.

<sup>1042</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 84.

<sup>1043</sup> Vid. *Ibíd.* p. 86.

<sup>1044</sup> *Ibíd.* p. 86.

desplazamientos forzados situación confirmada por la Corte Constitucional en Auto 251 del 2008.

Por ello es importante el Informe remitido por la Fiscalía General de la Nación remitido a la Jurisdicción Especial para la Paz, donde se pone de manifiesto la vinculación y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de las desmovilizadas FARC-EP, el cual expresa

“(…) 5.252 Niñas, Niños y Adolescentes (NNA), por los cuales hay 5.043 procesados. Con respecto al sexo de las víctimas, se estableció que 3.350 son hombres y 1.790 mujeres. Aunque tuvieron un porcentaje menor de victimización, estas sufrieron delitos graves contra la libertad y formación sexual. En lo que tiene que ver con la edad de ‘vinculación’ de NNA a las FARC-EP, se encontró que la edad más recurrente corresponde a los catorce (14) años. Sin embargo, hay que señalar que en total se encontraron 910 víctimas entre (10) diez y catorce (14) años”<sup>1045</sup>.

Con el fin de impedir que estos actos se continúen realizando, sería pertinente que el Estado atienda las necesidades que no se satisfacen y que llevan al reclutamiento, porque podría darse una perpetuación de su huella sobre niños, niñas y adolescentes, lo que generaría una constante caída en confrontaciones bélicas. Adicionalmente, se debe acudir a un enfoque diferencial estas víctimas, analizando el antes, durante y después en la medida que así se llega a una aproximación real del impacto de estos hechos. A su vez, tener en cuenta las recomendaciones establecidas por la Comisión IDH en el *Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, donde enunció que el Estado deberá adoptar y garantizar

“(…) mecanismos para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, frente a los riesgos específicos derivados del contexto del conflicto armado. (...) medidas efectivas de prevención del reclutamiento forzado de NNA por parte de todos los grupos ilegales y sancione adecuadamente estos casos. (...) que los NNA no sean vinculados por agentes estatales en tareas de inteligencia ni en actividades cívico-militares. (...) mecanismos pertinentes para su completa reintegración a la vida civil, incluyendo medidas específicas para las niñas desmovilizadas”<sup>1046</sup>.

---

<sup>1045</sup> <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-realiza-segunda-entrega-de-informes-a-la-jurisdiccion-especial-de-paz/>

<sup>1046</sup> Comisión IDH. *Informe Verdad, justicia y reparación: Óp. Cit. Par. 747.*

Por último, las entidades judiciales deberán investigar y judicializar a los responsables, emitiendo un mensaje a la sociedad de reproche frente a estos actos atroces, por ello se destaca que la Jurisdicción Especial para la Paz haya abierto mediante Auto 029 de 2019 el Caso No. 007, en el que se analizará lo correspondiente al reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado, como crimen de guerra, por ello es destacable la expedición del Decreto 1434 de 3 de agosto de 2018 “Por el cual se adopta la línea de política pública de prevención del reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados organizados y los grupos delincuenciales organizados”, para impedir que este tipo de hechos sigan persistiendo en el tiempo.

Adicionalmente, este proceso también abarca la investigación de otros comportamientos que pudieron haber puesto en riesgo la vida, la integridad física o psicológica y el desarrollo de niños y niñas, y que afectan sus derechos, por ejemplo la violencia y esclavitud sexual, la planificación y abortos forzados de los cuales las niñas fueron las principales víctimas; la imposición de trabajos incompatibles con su condición de niños; la limitación a su libertad para abandonar las filas, y la imposición de castigos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estas conductas podrían considerarse de conformidad con la regulación actual como crímenes de lesa humanidad<sup>1047</sup>, y como el asunto objeto de investigación abarca hechos ocurridos entre el 1 de enero de 1971 y el 1 de diciembre de 2016, deberá determinarse claramente en que sentido se hará responsable a los autores, puesto que no se podría *ipso iure* catalogar como delito de lesa humanidad, teniendo en cuenta el principio de irretroactividad penal.

### **3.3.- El Desplazamiento forzado como infracción a la autonomía personal**

En el conflicto armado colombiano, el desplazamiento forzado<sup>1048</sup> como crimen de lesa humanidad ha sido un acto sistemático, masivo y vinculado con el apoderamiento de zonas estratégicas, para el desarrollo de actividades económicas (narcotráfico y acumulación de tierras) o por la inminencia de combates donde se ha obligado a la

---

<sup>1047</sup> Véase Ley 1719 de 2014.

<sup>1048</sup> Un estudio profundo al respecto se puede consultar en CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2015; y CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Tierras. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2018.

población civil a dejar sus tierras urbanas o rurales de manera individual o colectiva, con un crecimiento continuo, fundamentalmente en la década de los noventa, cuando se da el recrudecimiento de la confrontación, llegando actualmente conforme al Registro Único de Víctimas a 7.457.949 personas documentadas<sup>1049</sup>, de los cuales el 41% corresponde a grupos guerrilleros y el 21% a paramilitares<sup>1050</sup>, afectando al 97% de los municipios, lo que podrían hacer de Colombia el país con el mayor número de desplazados internos del mundo, aunque también hay personas que debieron trasladarse a países vecinos como Ecuador o Venezuela.

La Comisión IDH en el *Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, puso de presente que

“(…) A lo largo de los más de cincuenta años del conflicto armado interno en Colombia, la migración forzada de millones de personas ha sido una de las principales consecuencias y estrategias de lucha armada de las partes en conflicto. La continuidad y el recrudecimiento de la crisis humanitaria producto del desplazamiento forzado representa, a juicio de la CIDH (Comisión IDH), uno de los principales desafíos en materia de derechos humanos que enfrenta Colombia en la actualidad y en las décadas venideras”<sup>1051</sup>.

De acuerdo al *Informe ¡Basta Ya!*

“El agravamiento de la expulsión de población civil respondió a factores como la estrategia de expansión territorial de los grupos paramilitares; las deficiencias en sus procesos de desmovilización (Ley 975 del 2005); el reagrupamiento y rearme de algunos de los hombres desmovilizados; la ofensiva militar de recuperación territorial del Estado en cumplimiento de la Política de Seguridad Democrática; y la siembra masiva e indiscriminada de minas antipersonal por parte de las FARC”<sup>1052</sup>.

Esta modalidad de violencia ha generado consecuencias irreversibles en la sociedad colombiana, provocando transformaciones culturales, sociales, ambientales y en la calidad de vida de las víctimas y en los lugares donde se reasentan<sup>1053</sup>. A su vez, se ha dado

---

<sup>1049</sup> Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. Fecha de consulta 21 de marzo de 2019.

<sup>1050</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*. Óp. Cit. p. 297.

<sup>1051</sup> Comisión IDH. *Informe Verdad, justicia y reparación* Óp. Cit. Par. 533.

<sup>1052</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 71.

<sup>1053</sup> Cfr. PALACIO SAÑUDO, J. y SABATIER, C. *Impacto psicológico de la violencia política en Colombia: Salud mental y redes sociales en familias desplazadas en el caribe*. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2002. p. 11 y 12.

un abandono de los territorios rurales y una urbanización precipitada de las ciudades, lo que ha tenido un impacto en el desarrollo del país, puesto que quienes se dedicaban a las actividades agrícolas, debieron acomodarse a otro tipo de labores para poder subsistir<sup>1054</sup>.

Debido a la huella de este fenómeno, el Estado mediante Ley 387 de 1998<sup>1055</sup> adoptó medidas para la prevención y atención de las personas en condición de desplazamiento forzado, no obstante la política de protección a esta población no contó con un apoyo presupuestal e institucional suficiente, lo que continuaba vulnerando sus derechos y promoviendo una revictimización, posición comprobada por la Corte Constitucional mediante Sentencia T – 025 de 2004<sup>1056</sup>.

Aunado a lo anterior, las víctimas no acuden a presentar las denuncias fundamentalmente por que no identifican o no informan sobre los perpetradores de este crimen, por el temor a represalias o para evitar poner en riesgo a familiares que continuaron habitando las zonas, incluso por la falta de confianza en las autoridades, quienes podrían tener complicidad con los perpetradores, han impedido la construcción de patrones de macrocriminalidad que aseguren el esclarecimiento de la verdad y la judicialización y castigo de los responsables del desplazamiento y de quienes se beneficiaron del mismo.

Adicionalmente, solo hasta el año 2000 se consideró como delito el desplazamiento forzado<sup>1057</sup>, y aun no hay resultados efectivos de las investigaciones y sanciones a los responsables, al punto que la CIDH en el *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, tuvo la oportunidad de analizar el contexto en ese sector, donde la población había padecido ataques provenientes

---

<sup>1054</sup> Cfr. IBÁÑEZ LONDOÑO, A. M., *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno hacia la pobreza*, Bogotá D.C.: Ediciones Universidad de los Andes, 2008.

<sup>1055</sup> En esta norma se define víctima como “(...) toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público”. Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 43091 de julio 24 de 1997.

<sup>1056</sup> La Corte Constitucional en este pronunciamiento ante los incumplimientos estatales declaró “(...) formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas”.

<sup>1057</sup> Así se estipula en los artículos 159 y 180 del Código Penal Colombiano.

de todos los actores del conflicto y evidenció una profunda incapacidad del Estado para poder proteger y garantizar los derechos de los desplazados, declarándolo responsable<sup>1058</sup>.

Conjuntamente con lo anterior, en el año 2013 en el *Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, la Comisión IDH recomendó al Estado colombiano adoptar, implementar y garantizar

“(…) las medidas necesarias para prevenir el desplazamiento forzado, incluyendo los casos atribuidos a grupos armados ilegales surgidos con posterioridad a la desmovilización de organizaciones paramilitares. (...) medidas pertinentes para garantizar protección y seguridad a las personas que retornan a los territorios de los cuales fueron desplazadas, incluyendo el desminado de los territorios. Asimismo, aplique el enfoque diferencial en las políticas de prevención y protección de las personas desplazadas. (...) entrega oportuna e inmediata de la asistencia humanitaria de emergencia, adopte medidas para garantizar el acceso de la población a servicios básicos, así como medidas positivas para garantizar el restablecimiento pleno de los derechos de las personas desplazadas”<sup>1059</sup>.

La CPI también ha puesto sus ojos en Colombia en lo relacionado con el desplazamiento forzado<sup>1060</sup>, considerando en su informe sobre las actividades de examen preliminar en el año 2016 que

“(…) los tribunales de Justicia y Paz dictaron 10 condenas en primera instancia respecto de casos de desplazamiento forzoso contra 43 miembros de grupos paramilitares, entre ellos, contra Ramón María Isaza Arango, ex comandante general de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio. Con arreglo a la estrategia de priorización de casos de la Fiscalía General de la Nación de investigar a los máximos responsables dentro de las estructuras paramilitares, Ramón María Isaza Arango fue condenado por 91 cargos de desplazamiento forzoso en calidad de coautor y autor mediato. (...) La información disponible también sugiere que la Dirección Nacional de Análisis y Contexto (DINAC) está llevando a cabo investigaciones por desplazamiento forzoso y otros crímenes graves cometidos por miembros de las FARC-EP y el ELN, entre ellos sus respectivos liderazgos”<sup>1061</sup>.

A modo de conclusión, tal como lo expresa el Centro de Memoria Histórica

---

<sup>1058</sup> Cfr. CIDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) C. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013.

<sup>1059</sup> Comisión IDH. *Informe Verdad, justicia y reparación* Óp. Cit. Par. 589.

<sup>1060</sup> CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Óp. Cit. par. 22.

<sup>1061</sup> CPI. *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*. Óp. Cit.



“La evolución del desplazamiento forzado en el tiempo y su análisis permiten concluir que pese a la magnitud y sistematicidad con que se ha producido este delito y los graves daños causados a la población víctima del mismo, el tardío reconocimiento del Estado, los continuos cambios institucionales y la limitada capacidad de las entidades responsables de su atención, no han permitido lograr una respuesta adecuada a las necesidades más apremiantes de esta población, mucho menos garantizar el goce efectivo de sus derechos y su reparación integral. Como ha quedado expuesto, se aprecia la ausencia de una política efectiva de prevención y más grave aún la falta de intervención estatal en la remoción de los factores y causas estructurales que ocasionan este delito. Por el contrario, resultan preocupantes los nuevos, persistentes y ambiciosos intereses que permanecen y adicionalmente se expanden sobre territorios habitados por poblaciones rurales y urbanas en condiciones de marginalidad y vulnerabilidad, que hoy siguen siendo afectadas por el éxodo forzado”<sup>1062</sup>.

Por lo anterior, es importante que el Estado comience a implementar políticas integrales para la identificación, atención y reparación de las víctimas de desplazamiento forzado, protegiendo a los líderes que reivindican estos derechos y buscar mediante la restitución de tierras evitar el despojo y promover los retornos de la población a sus lugares de origen. Sin estas medidas, será muy difícil contemplar la construcción de paz e impedir nuevas victimizaciones o violaciones a los Derechos Humanos.

Por ello se resalta la decisión adoptada por la Jurisdicción Especial para la Paz que mediante auto No. 004 del 10 de julio de 2018, ha decidido iniciar el Caso No. 002 relacionado con situación en los municipios de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas del Departamento de Nariño, que incluye los hechos presuntamente cometidos por miembros de las FARC-EP y de la Fuerza Pública, durante los años 1990 a 2016; y el Auto No. 040 de 11 de septiembre de 2018 inició el Caso No. 004 sobre la situación territorial de la región de Urabá presuntamente cometidos de forma directa o indirecta en relación con el conflicto armado por miembros de las FARC-EP y de la Fuerza Pública, desde el 1 de enero de 1986 y con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, dentro de los cuales se encuentra el estudio de hechos relacionados con desplazamiento forzado, como un crimen de lesa humanidad, aunque debería desatarse del conflicto armado, elemento que no es propio de estos delitos como se explicó previamente.

---

<sup>1062</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*. Óp. Cit. p. 61 y 62.

Lo relevante es tener en cuenta lo enunciado por la Comisión IDH, en la medida que

“(…) la falta de una investigación efectiva sobre los hechos que tuvieron como consecuencia el desplazamiento interno contribuye a perpetuar la situación de vulnerabilidad de las víctimas, la repetición de este tipo de hechos y constituye una barrera para su acceso a la justicia”<sup>1063</sup>.

### **3.4.- Trasgresiones a otros derechos mediante distintas acciones delictivas**

Con ocasión del conflicto armado, no solo se afectaron los derechos a la vida y libertad física, sino también otros como la integridad personal o la seguridad pública, los cuales pueden calificarse como crímenes internacionales. Es en este punto, donde se hace necesario analizar lo correspondiente a las modalidades de violencia de violencia sexual, la utilización de minas antipersona y artefactos explosivos y daños a bienes y atentados terroristas.

#### **3.4.1.- Violencia sexual**

La violencia sexual<sup>1064</sup>, ya sea como crimen de guerra<sup>1065</sup> o como crimen de lesa humanidad<sup>1066</sup> ha sido una actividad sistemática y es uno de los aspectos más complejos que ha evidenciado el conflicto armado colombiano, fundamentalmente por la carencia de denuncias y la incapacidad de los victimarios de reconocer estos hechos han dejado en la impunidad sobre la violaciones sexuales, acoso sexual, humillación sexual, matrimonio o cohabitación forzados, la prostitución forzada, comercialización y esclavitud sexual, la desnudez forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, y otros actos que el ECPI recoge para que la CPI tenga en cuenta al momento de juzgar<sup>1067</sup>.

Los datos recogidos por las diferentes instituciones del Estado denotan una falta de claridad entorno al número de víctimas de violencia sexual<sup>1068</sup>, aunque se ha podido constatar que ha sido una práctica realizada por los actores del conflicto, ya sea como

---

<sup>1063</sup> Comisión IDH. *Informe anual 2018*, Óp. Cit. Par. 152.

<sup>1064</sup> Al respecto se puede consultar el escrito AMNISTÍA INTERNACIONAL., *Colombia Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2004.

<sup>1065</sup> Artículo 8 del ECPI.

<sup>1066</sup> Artículo 7 del ECPI.

<sup>1067</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 77.

<sup>1068</sup> A pesar del tratamiento de enfoque diferencial de género que se le debe dar a esta población conforme a las Sentencias T – 602 y T – 721 de 2003 de la Corte Constitucional.

consecuencia del desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito, tratos inhumanos o degradantes, o simplemente como una política de terror e intimidación, lo que incluso ha promovido una falta de denuncia ante futuras represalias o por desconfianza en las instituciones. Lo que si se debe dejar claro es que ha sido una práctica sistemática, posición confirmada por la Corte Constitucional en el Auto 092 de 2008 donde expresa

“(…) la violencia sexual contra las mujeres es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano, así como lo son la explotación y el abuso sexuales, por parte de todos los grupos armados ilegales enfrentados y, en algunos casos, por parte de agentes individuales de la Fuerza Pública”<sup>1069</sup>.

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional en el Auto 009 de 2015 puso de presente unas circunstancias que determinan mayores riesgos a las mujeres para ser víctimas de violencia sexual, es decir unos factores de contexto que son

“(…) (i) la presencia o influencia de actores armados en la vida social de las mujeres en una comunidad (presencia de grupos armados al margen de la ley) y (ii) la inexistencia o precariedad del Estado frente a la prevención de la violencia sexual contra las mujeres (ausencia o presencia precaria del Estado)”<sup>1070</sup>.

Ahora en cuanto a la autoría de los casos, conforme al Registro Único de Víctimas se cuenta con más de 28.000 casos reportados contra la integridad sexual, de las cuales la gran mayoría son mujeres, niños y niñas<sup>1071</sup>. Infortunadamente, no se puede atribuir expresamente a quien corresponde cada hecho victimizante, y esta es una deuda que se tiene con la verdad en el conflicto armado, no obstante el *Informe ¡Basta Ya!* afirma que

“(…) el RUV reporta presunta autoría en 748 de los 1.754 casos registrados. Entre estos, 370 fueron perpetrados por las guerrillas (49,5%), 344 por los grupos paramilitares (46%), 8 por miembros de las Fuerza Pública (1,1%), 7 por más de un autor y 19 por otros”<sup>1072</sup>.

A su vez, se ha podido aclarar que no solo la población civil es objeto de este tipo de hechos, sino que también integrantes de ciertos grupos o combatientes, a modo de

---

<sup>1069</sup> Corte Constitucional. Auto 092 de 14 de abril de 2008.

<sup>1070</sup> Corte Constitucional. Auto 009 de 27 de enero de 2015. Posición reiterada por la misma corporación en la Sentencia T – 718 de 2017.

<sup>1071</sup> Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. Fecha de consulta 21 de marzo de 2019.

<sup>1072</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 80.

ejemplo las guerrilleras han manifestado que fueron obligadas por sus jefes a tener relaciones sexuales, utilizar métodos anticonceptivos e incluso a abortar<sup>1073</sup>.

Actualmente, es relevante la atención que el Estado ha puesto a esta modalidad de violencia, donde se puede destacar la Ley 248 de 1995<sup>1074</sup> mediante la cual se aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, el Código Penal sanciona la violencia sexual contra personas protegidas por el DIH<sup>1075</sup> y el delito de feminicidio se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico<sup>1076</sup>.

No obstante las graves consecuencias que ello genera y la posición en la que se encuentra la mujer en la sociedad colombiana, se hace necesario adoptar medidas que permitan impedir su revictimización y que aquellos responsables de las vulneraciones sean juzgados y sancionados, destinando mayores esfuerzos institucionales, puesto que son notorias las falencias estructurales en Colombia que limitan la capacidad de las autoridades para perseguir penalmente los hechos de violencia sexual, lo que podría abrir las puertas de la complementariedad de la CPI<sup>1077</sup>.

La Fiscalía General de la Nación ya hizo entrega de los informes relacionados con violencia basada en género cometidos por las FARC-EP y los agentes del Estado a la Jurisdicción Especial para la Paz, por ello deberá dársele curso a estos hechos, a pesar que ya se tuvo en cuenta en lo correspondiente al reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado para darle inicio al Caso No. 007, de tal manera que en el momento de aportar a la verdad en los procesos de justicia transicional, los actores del conflicto están obligados a aceptar la responsabilidad de aquellos casos que se les imputan, poniendo siempre por delante los derechos de las víctimas<sup>1078</sup>. Esta es una forma de garantizar la no repetición de este tipo de actos, puesto que se ha logrado demostrar que en algunos lugares del país aun se siguen presentando<sup>1079</sup>.

---

<sup>1073</sup> Vid. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-obligan-mujeres-abortar-farc-articulo-401836>

<sup>1074</sup> Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 42171 de diciembre 29 de 1995.

<sup>1075</sup> Artículos 138A y siguientes del Código Penal.

<sup>1076</sup> Ley 1761 de 2015. Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 49565 de julio 6 de 2015.

<sup>1077</sup> Cfr. CPI. *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia. Óp. Cit.*

<sup>1078</sup> A modo de ejemplo, a la fecha en los procesos de Justicia y Paz, cinco ex jefes de las AUC fueron condenados por violencia basada en género.

<sup>1079</sup> Cfr. <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-pacifico/las-mujeres-abandonadas-tumaco-70631>

### 3.4.2.- Utilización de minas antipersona, actos terroristas y artefactos explosivos

La lógica de la confrontación armada permite concluir que los actores desarrollaron actividades que atentan contra la población civil, como es el caso de la utilización de minas antipersona y artefactos explosivos como bombas de cilindro de gas, artefactos explosivos ubicados en vehículos, armas trampa y otros dispositivos explosivos improvisados<sup>1080</sup>, fundamentalmente a partir de la década de los noventa, con un periodo creciente entre 1999 al 2007 y siendo las guerrillas y en especial el ELN el grupo que más lleva a cabo esta modalidad de violencia, aunque las FARC-EP también usó esta herramienta de guerra desde el año 2000 ante la pérdida de capacidad militar<sup>1081</sup>, lo que llevó a creer que Colombia fuera el segundo país más minado del mundo.

Conforme al Registro Único de Víctimas, ha registrado 11.462 víctimas de minas antipersonal, munición sin explotar o algún artefacto explosivo<sup>1082</sup>. A pesar que esta modalidad de violencia es menos letal que otras, la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, dependencia encargada del seguimiento de este aspecto, ha determinado que en aproximadamente 515 municipios<sup>1083</sup> se dieron ataques con explosivos, de los cuales el 61% ha tenido como víctimas a los miembros de las Fuerzas Armadas, y el restante 39% a la población civil, siendo estos últimos los más afectados, tal como lo expresa AMNISTÍA INTERNACIONAL

“Todas las partes en el conflicto siguen burlándose de los principios de distinción y proporcionalidad. Las operaciones militares de las partes contendientes a menudo se desarrollan en el interior de comunidades civiles o cerca de ellas, mientras que los grupos guerrilleros utilizan con frecuencia armas que están expresamente prohibidas, como las minas terrestres antipersonal, o utilizan otro tipo de armamento, como los cilindros de gas, de un modo que amenaza desproporcionada e indiscriminadamente la seguridad de los civiles”<sup>1084</sup>.

---

<sup>1080</sup> Un estudio profundo al respecto se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *La guerra escondida. Minas Antipersonal y Remanentes Explosivos en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2017.

<sup>1081</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Óp. Cit. p. 92 y 93.

<sup>1082</sup> Cfr. Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. Fecha de consulta 25 de marzo de 2019.

<sup>1083</sup> Cfr. <http://www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx>. Fecha de consulta 25 de marzo de 2019.

<sup>1084</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL., *¡Déjennos en paz! la población civil, víctima del conflicto armado interno de Colombia*, Óp. Cit. p. 61.

Actualmente, 322 municipios han sido liberados de sospecha de minas, y 187 se encuentran en intervención, lo que ha hecho que el número de hechos victimizantes haya disminuido considerablemente, puesto que para el año 2018 se contaba con 179 casos, de los cuales 85 son miembros de la Fuerza Pública y 94 en la población civil<sup>1085</sup>. Este aspecto permite concluir que hoy en día los territorios donde aun existen estos artefactos explosivos guardan relación con la protección de territorios por parte de los grupos armados ilegales donde existen cultivos ilegales, y que son objeto de erradicación manual.

En lo que tiene que ver con los atentados terroristas, el DIH prohíbe este tipo de acciones en los conflictos armados internos, justificación que llevó a considerar que la confrontación en Colombia no tenía esta denominación, tal como se explicará en el aparte siguiente del presente escrito. Conforme a lo establecido en el *Informe ¡Basta Ya!* se había podido

“(…) documentar 95 atentados terroristas en el conflicto armado entre 1988 y el 2012, con un total de 223 víctimas fatales y 1.343 heridos. De los 95 casos, 77 fueron perpetrados por las guerrillas (principalmente las FARC, con 55, y el ELN, con 12), 16 por grupos armados no identificados y 2 por paramilitares”<sup>1086</sup>.

Si bien es cierto, la modalidad terrorista se utilizó desde la década de los ochenta por parte de narcotraficantes, en la década de los noventa se convirtió en un arma desplegada por los grupos guerrilleros, como manifestación de poder, y que se denominaron tomas guerrilleras<sup>1087</sup>, las cuales estaban dirigidas primordialmente contra edificaciones públicas, bancos y estaciones de policía, no obstante, lograron afectar a la población civil. Actualmente el Registro Único de Víctimas, ha reconocido 81.897 víctimas de actos terroristas, atentados, combates y hostigamientos<sup>1088</sup>. Infortunadamente, el ELN sigue realizando ataques indiscriminados con explosivos, tal como se puso de manifiesto en líneas previas.

---

<sup>1085</sup> Cfr. <http://www.accioncontraminas.gov.co/Paginas/AICMA.aspx>. Información actualizada a 28 de febrero de 2019.

<sup>1086</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Óp. Cit.* p. 102.

<sup>1087</sup> Un análisis detallado se puede consultar CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Tomas y ataques guerrilleros (1965 - 2013)*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2016.

<sup>1088</sup> Cfr. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. Fecha de consulta 25 de marzo de 2019.

Conforme a lo anterior, es importante que como producto de los procesos de negociación, los grupos armados colaboren con los desminados humanitarios, se reconozca la responsabilidad puesto que los ataques intencionales dirigidos contra la población civil constituye un crimen de guerra y aportaría en la construcción de la paz como garantía de no repetición y se permita una re-dignificación de las víctimas, cuya mayoría de sobrevivientes son niños y niñas, y en la medida que no siempre una compensación económica será suficiente para satisfacer sus derechos.

## CAPITULO IV

### LA RESPONSABILIDAD DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

El genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra son por regla general (el caso del genocidio puede ser realizado por autores individuales<sup>1089</sup>), producto de procesos de ejecución colectiva. A diferencia de lo que sucede con la mayoría de hechos punibles habituales y de trascendencia nacional, los crímenes internacionales no suponen solamente la existencia de un autor y una víctima. Cuando se trata de este tipo de conductas, la actuación dañosa individual no es un evento aislado, sino parte de un contexto antijurídico más amplio<sup>1090</sup>, incluso enmarcado en lo que se ha denominado macrocriminalidad, entendida como aquellos “(...) comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”<sup>1091</sup>, otorgándose una mayor relevancia para el Derecho Internacional y diferenciando de otro tipo de actividades delictivas como el terrorismo, el tráfico de estupefacientes, etc., debido a las condiciones políticas de excepción y al papel que desempeña el Estado.

La intervención directa en la realización de dichos actos de manera plural, da lugar a que se pueda actuar bajo las figuras de coautoría y participación propias del derecho penal, figuras que se han desarrollado en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados<sup>1092</sup>, en las cuales se estudia como se contribuye en la comisión del delito, puesto que como ha manifestado la jurisprudencia internacional “(...) nadie puede ser

---

<sup>1089</sup> AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II, Oxford: OUP, 2014. p. 17.

<sup>1090</sup> Vid. BOK, S. “Zurechnung im Völkerstraf-recht”, *ZIS*, No. 9, 2017, pp. 410-417. Disponible en <http://zis-online.com/dat/artikel/20177-81125.pdf>

<sup>1091</sup> AMBOS, K. *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005. p. 44-48.

<sup>1092</sup> Para el caso de Colombia, la Ley 599 de 2000 – Código Penal regula en los artículos 28, 29 y 30 la autoría y la participación distinguiendo técnicamente a estos dos fenómenos y reservando para el concepto de autoría la directa, la mediata y la coautoría; y para la participación la determinación y la complicidad



considerado responsable por hechos o conductas que no ha realizado personalmente o en los que no ha participado de alguna manera (*nulla pena sine culpa*)”<sup>1093</sup>.

Justamente en este punto se plantean puntos de complicación, puesto que en aquellos casos donde se involucran varias personas, se debe medir la responsabilidad de cada uno de ellos, más aun cuando se ejecutan por parte de aparatos que cuentan con un grado de organización, debido a que los líderes de las mismas dejan que los inferiores se encarguen de la gestión material del delito, estableciendo diferentes roles o papeles a desarrollar y categorías entre los sujetos, descartando la tesis de explicar la intervención masiva de personas “normales” en la comisión de crímenes de atrocidad con base en una supuesta alteración mental de todos ellos<sup>1094</sup>, lo que requiere soluciones para resolver estas dificultades, a lo que el Derecho Penal Internacional ha adoptado y adaptado reglas y teorías de diversas tradiciones jurídicas nacionales.

Al interior del presente aparte del escrito, se procederá a analizar las modalidades de intervención dentro de la conducta punible, tomando en cuenta lo establecido en la regulación y jurisprudencia internacional, así como la aplicación otorgada en el derecho interno, poniendo de presente que para el caso de la justicia transicional colombiana se concentrará en los hechos desarrollados por los “máximos responsables” de las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al DIH, debiéndose criminalizar a quienes han tenido un rol esencial en la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y en los crímenes de guerra, para lo cual, como lo ha expresado la Corte Constitucional

“(…) los títulos de imputación previstos en la legislación nacional pueden ser utilizados para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado, a través de las distintas formas de autoría y de participación, mediante las diferentes formas de comisión de delitos según la modalidad activa o pasiva de la conducta del sujeto activo, e, incluso, a través de los distintos tipos penales”<sup>1095</sup>.

---

<sup>1093</sup> TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T. par. 186.

<sup>1094</sup> Al respecto se puede consultar ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*. London – New York: Routledge, 2010, p. 103; SMEULERS, A., “Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology”. En *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*. SMEULERS, A., y HAVEMAN, R., Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2008, p. 234.

<sup>1095</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par. 5.5.1.9.

## 1.- Planteamiento inicial.

Como se puso de manifiesto en líneas anteriores, el objeto de la responsabilidad internacional del individuo se centra en el análisis del comportamiento de sujetos particulares, más no del Estado, frente a las violaciones de conductas consideradas como Crímenes Internacionales, las cuales fueron explicadas precedentemente.

Estos actos son reprochables en personas naturales, más no jurídicas, y contienen un componente complejo en la medida que ocasionan graves violaciones a los Derechos Humanos. Por ello es trascendental analizar los títulos de atribución de la responsabilidad del individuo, que en principio podemos enunciar se clasifican en dos grandes figuras, por un lado, la responsabilidad directa, y por otra, la indirecta que se aplica preferentemente a los superiores, basada en una omisión del deber de actuar.

En sus orígenes, el Estatuto del TMI de Núremberg impuso las formas de intervención delictiva dentro de las definiciones de los crímenes, incluso en su artículo 6. c) se limitaba a establecer que podrían ser responsables “(...) líderes, organizadores, instigadores y cómplices” que intervinieron en la preparación o realización de un proyecto para cometer alguno de los delitos establecidos en el Estatuto. Bajo esta óptica, no existe diferenciación entre las figuras de la autoría y la participación, de tal manera que cualquier contribución en la comisión de los crímenes daba lugar a responder. En este mismo sentido se edificaba el análisis bajo la competencia del Tribunal de Tokio.

Posteriormente, las disposiciones estatutarias de los TPIY y TPIR consideraban responsable a todo aquel que hubiese “(...) planeado, instigado, ordenado, cometido o de otra forma prestado su asistencia en la planificación, preparación o ejecución de los delitos”<sup>1096</sup>. Para algunos autores, este modelo continuaba siendo igual al establecido por el TMI de Núremberg<sup>1097</sup>, no obstante, la interpretación judicial fue delineando la distinción entre autoría y participación, entendiendo la comisión directa del delito como la realización material adelantada personalmente o pluralmente, y las demás conductas se sancionaban como forma de participación accesoria, siempre y cuando contribuyeran con el cometido

---

<sup>1096</sup> Véase Estatuto del TPIY. Artículo 7.1. Estatuto del TPIY. Artículo 6.1.

<sup>1097</sup> Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, *Óp. Cit.* p. 120.

del crimen de forma directa<sup>1098</sup>. A su vez, la jurisprudencia de los TPIY y TPIR aplicaron la figura de la Empresa Criminal Conjunta como una forma especial de intervención<sup>1099</sup>, la cual será explicada posteriormente.

Actualmente, en el artículo 25.3 del ECPI<sup>1100</sup> se dedica a regular de manera detallada lo que tiene que ver con la responsabilidad directa, sistematizando lo establecido por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales Ad Hoc, incluso recogiendo por primera vez la posibilidad de sancionar a quienes cometan tentativa en la comisión de los crímenes internacionales, situación que con anterioridad no era posible puesto que se requería que los delitos se consumaran, con excepción del genocidio<sup>1101</sup>.

En desarrollo de la disposición normativa, la jurisprudencia de la CPI en el *Caso Lubanga* ha afirmado que un individuo puede ser penalmente responsable por cometer un crimen, tal como se enuncia en el artículo 25.3. a) del ECPI, o por contribuir a la comisión de un crimen conforme al artículo 25.3. b) a d) de la misma norma, lo que demuestra que el Estatuto diferencia entre autoría y participación<sup>1102</sup>. Adicionalmente, se formula la distinción entre autoría directa y conjunta, así como la participación bajo las modalidades de ordenar, inducir y colaborar en la ejecución de crímenes internacionales. El punto que ha

---

<sup>1098</sup> Cfr. TPIY, *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T, par. 688; TPIR, *Caso The prosecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 15 de mayo de 2003, No. ICTR-97-20-T, Par. 385; TPIR, *Caso The prosecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T, Par. 33; TPIR, *Caso The prosecutor c. George Rutaganda*, sentencia del 6 de diciembre de 1999, No. ICTR-96-3-T, Par. 43; TPIR, *Caso The prosecutor c. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T par. 484.

<sup>1099</sup> Cfr. TPIY, *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A, par. 185 y ss.

<sup>1100</sup> La norma expresa “(...) 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”.

<sup>1101</sup> Cfr. TPIR, *Caso The prosecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, par. 473-475.

<sup>1102</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 1 de diciembre de 2014, No. ICC-01/04-01/06-3121, par. 462.

generado confusiones ha sido la manera como se ha establecido la autoría mediata y la intervención en un grupo criminal<sup>1103</sup>. Del ECPI se puede concluir, tal como lo manifiesta WERLE

“(…) se deduce un sistema de intervención delictiva en cuatro niveles. En el nivel superior se encuentra la comisión a título de autoría como la forma más grave de intervención en el injusto. El segundo nivel está reservado a las diferentes formas de inducción. En el tercer nivel se halla la cooperación y, por último, en el cuarto nivel, como forma más débil de intervención, la contribución a un crimen cometido por un grupo”<sup>1104</sup>.

Ahora, en lo que tiene que ver con el caso de Colombia, y concentrando el análisis en la justicia transicional, el Acto Legislativo 01 de 2017 establece que la JEP al momento de emitir sus pronunciamientos y calificar las conductas deberá concentrarse en los máximos responsables y acudir al Código Penal Colombiano, las normas de Derecho Internacionales relacionadas con Derechos Humanos, el DIH y el Derecho Penal Internacional, pudiendo acudir a las figuras de la autoría y participación. Por esta razón, resulta trascendental explicar la manera como se ha desarrollado los fundamentos de imputación de los crímenes internacionales en estos ordenamientos jurídicos, y previamente determinar el criterio subjetivo, es decir, cuales sujetos son considerados como máximos responsables.

## 2.- El concepto de máximos responsables

Como se ha enunciado, el planteamiento establecido en los juzgamientos en el marco de la justicia transicional en Colombia está centrado fundamentalmente en los “máximos responsables”<sup>1105</sup>, figura utilizada en otros espectros<sup>1106</sup> como el TMI de Núremberg<sup>1107</sup>, TM del Lejano Oriente<sup>1108</sup>, el TPIY<sup>1109</sup>, el TPIR<sup>1110</sup>, Tribunal Especial para

---

<sup>1103</sup> Cfr. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 344.

<sup>1104</sup> WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 346.

<sup>1105</sup> En el Derecho Internacional son aquellas personas que pudieron ordenar el crimen. A modo de ejemplo se encuentra el caso de los militares de la Junta de Argentina, condenados por haber creado la maquinaria y ordenado su funcionamiento de una manera tal que llevó a decenas de miles de asesinatos y desapariciones.

<sup>1106</sup> Cfr. AGIRRE, X. “Prosecuting the most Responsible for International Crimes: Dilemmas of Definition and Prosecutorial Discretion”. En *Protección internacional de derechos humanos y Estado de derecho*, Joaquín González (ed.). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. 2009. Recuperado de: [http://academia.edu/2571646/Prosecuting\\_the\\_most\\_Responsable\\_for\\_International\\_Crimes\\_Dilemmas\\_of\\_Definition\\_and\\_Prosecutorial\\_Discretion](http://academia.edu/2571646/Prosecuting_the_most_Responsable_for_International_Crimes_Dilemmas_of_Definition_and_Prosecutorial_Discretion)

<sup>1107</sup> En este caso solamente se juzgó a los máximos responsables, para lo cual se exigió un requerimiento de liderazgo (*leadership requirement*).

Sierra Leona<sup>1111</sup> (a partir de ahora TESL), y la Oficina del Fiscal de la CPI<sup>1112</sup>. Si bien es cierto el ordenamiento jurídico internacional no contiene norma alguna que obligue a los Estados para que centren su investigación y juzgamiento de aquellos sujetos que tengan la mayor responsabilidad sobre los crímenes internacionales, simplemente con base en los criterios de selección y priorización se ha optado por darle prelación a aquellos hechos que revisten mayor gravedad y se encuentran relacionados con la criminalidad sistemática realizados por los máximos responsables.

En lo que tiene que ver con la forma de identificarlos, en un principio parecería que no es complicado saber quien se encuentra dentro de esa categoría cuando se está en una estructura o modelo de crimen organizado<sup>1113</sup>, debido a que existe una agrupación, con una división de trabajo, donde cada persona ejecuta y perpetra el delito, no obstante eso no siempre es así, ya que la individualización de los responsables resulta mas difícil y deberá determinarse si efectivamente se dio una participación en los crímenes y con la intención requerida, puesto que las organizaciones criminales no funcionan como una pirámide estricta, sino que “(...) es posible encontrar estructuras complejas en forma de redes en las que hay autoridad horizontal compartida con elementos de subordinados, que a su vez

---

<sup>1108</sup> Se juzgó solamente a los máximos responsables, dentro de los cuales se encontraban únicamente personas en posiciones de dirección.

<sup>1109</sup> La Resolución 1503 (2003) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 28 de agosto de 2003, estableció que este Tribunal deberá concluir todos los procesos concentrando su labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad. Doc. S/RES/1504 (2003).

<sup>1110</sup> La Resolución 1534 (2004) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 26 de marzo de 2004 estableció la necesidad de que concentrar las imputaciones en los máximos líderes responsables de crímenes de competencia de este Tribunal. Doc. S/RES/1534 (2004).

<sup>1111</sup> La Resolución 1315 (2000) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 14 de agosto de 2000 establece que este Tribunal ejerza competencia sobre aquellas personas a quienes cabe la mayor responsabilidad por la comisión de los delitos. Doc. S/RES/1315 (2000)

<sup>1112</sup> Véase Fiscalía de la CPI., *Criteria for selection of situations and cases*, enero de 2007.

<sup>1113</sup> Esta noción ha sido definida por algunos autores como “(...) una comisión planificada de delitos determinados por una ambición de ganancia o adquisición de poder, que en la forma individual o conjunta resultan de gran importancia cuando más de dos partícipes actúan en conjunto por un tiempo prolongado: a) utilizando estructuras profesionales o empresas; b) empleando violencia u otros medios destinados a la intimidación; c) influenciado en la política, los medios, la administración pública, la justicia o la economía”. DENCKER, F. “Criminalidad organizada y procedimiento penal” en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998. p. 481.

pueden tener cierto grado de autonomía”<sup>1114</sup>. Por ello se concuerda con SEILS, quien enuncia que

“(…) el concepto de los máximos responsables debe funcionar con respecto a dos categorías diferentes: la primera, el nivel general o presunto de operación se refiere a aquellos que, como parte de la estructura de mando y de control de la organización, sabían o podían prever razonablemente la perpetración de crímenes en el marco de los planes de la operación. La segunda que debe ser el enfoque más excepcional de la investigación, se refiere a los casos graves de los individuos que cometieron ejemplos particularmente notorios de conducta criminal, independientemente del nivel que ocupaban en la jerarquía de mando”<sup>1115</sup>.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con Colombia y la cantidad de vulneraciones e infracciones a los Derechos Humanos que se han dado en el largo periodo de conflicto armado, el esfuerzo por juzgar a los máximos responsables resulta trascendental en la justicia transicional y en la búsqueda de la reconciliación actualmente, en la medida que es una herramienta útil y conveniente para la consolidación de la paz, puesto que se permite renunciar condicionalmente a perseguir a aquellos sujetos que no se encuentren dentro de esta categoría, priorizando sus investigaciones, sin distraer la atención hacia quienes no tuvieron una actuación fundamental en los hechos, circunstancia que previamente no se había contemplado, ya que los procedimientos empleados fueron mediante amnistías e indultos o renunciaciones a la persecución penal, tal como se enunció en el capítulo II de la presente investigación.

Teniendo en cuenta que los requisitos para la concesión de este tipo de beneficios han sido mas rígidos en el ordenamiento jurídico internacional, se requiere garantizar unos mínimos de justicia, en las vulneraciones que contengan una mayor gravedad y representatividad, atendiendo la posición del victimario respecto al crimen, tal como se impuso en el Marco Jurídico para la Paz<sup>1116</sup>, como parte de los criterios de priorización y

---

<sup>1114</sup> SUÁREZ DÍAZ, E. y VELASCO CHAVES, E. “Máximos responsables”. En *Justicia transicional: verdad y responsabilidad*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 173-289. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016. p. 265.

<sup>1115</sup> SEILS, P. *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*. 2012. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/Seils-COL-PaulSeils-Propuesta%20de%20criterios%20de%20selecci%C3%B3n%20y%20priorizaci%C3%B3n-2012.pdf>

<sup>1116</sup> El Acto Legislativo 01 de 2012 expresa “(…) Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá

selección, lo cual obedece también a recomendaciones emitidas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>1117</sup> y es objeto de seguimiento por parte de la CPI<sup>1118</sup>.

En estudio de esta reforma constitucional, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 579 de 2013 tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, manifestando que este concepto se encuentra relacionado con una doble imputación inmerso en todo crimen internacional, donde no solo se investiga el hecho individual, sino también el hecho total, tomando en cuenta el contexto colectivo de comisión<sup>1119</sup>, por ello esta figura “(...) no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada”<sup>1120</sup>, sino que se trataría de

“(...) aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”<sup>1121</sup>.

Relacionado con lo anterior, previamente la Fiscalía General de la Nación en la política de priorización adoptada en el año 2012<sup>1122</sup> se había considerado como “máximos responsables” a

---

mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (...). ”

<sup>1117</sup> En el Informe Anual del año 2015 expresó “Colombia debe desarrollar medidas judiciales y no judiciales para que la sociedad en su conjunto haga frente a las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario ocurridas en el pasado. El reconocimiento de responsabilidades, el arrepentimiento, las garantías de no repetición y la participación en acciones transformadoras podrían vincularse con medidas de reducción o cumplimiento de penas alternativas, para todas las partes en el conflicto, teniendo en cuenta que no es posible la amnistía para el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves de los derechos humanos”. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe anual sobre la situación de derechos humanos en Colombia. 2014. Párrafo 78. b) A/HRC/28/3/Add.3. Disponible en: [https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/A\\_HRC\\_28\\_3\\_\\_Add\\_3\\_SPA.pdf](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/A_HRC_28_3__Add_3_SPA.pdf)

<sup>1118</sup> Cfr. CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Óp. Cit. par. 20.

<sup>1119</sup> Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, Óp. Cit. p. 84 y ss.

<sup>1120</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 8.2.3.

<sup>1121</sup> Ibíd.

<sup>1122</sup> Decisión criticada, puesto que las decisiones adoptadas en esta norma pueden ser consideradas de competencia exclusiva del Congreso de la República mediante ley.

“(…) quienes que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva”<sup>1123</sup>.

El concepto anteriormente establecido se encuentra en consonancia con lo desarrollado por los tribunales internacionales, puesto que no necesariamente puede coincidir con quienes ostentaban las posiciones mas altas dentro de la organización criminal, sino que deberá tenerse en cuenta el dominio del hecho, donde se encontrarán otros sujetos como los mandos medios. Otro punto es ampliar esta figura a quienes no ejercían una posición de dominio, donde algunos autores como UPRIMNY, SANCHEZ Y SANCHEZ afirman que

“(…) podría referirse a ejecutores del plan sistemático o a perpetradores que actuaron por su cuenta. La Fiscalía no especifica si el criterio abarca ambos tipos de responsables o solo uno de ellos. No obstante, para efectos de una política de selección, tiene más sentido acotar este factor a los perpetradores que cometieron por su cuenta actos particularmente graves, pues en este caso serían ellos, en efecto, los máximos responsables, mientras que en el caso de los crímenes sistemáticos el mayor nivel de responsabilidad recae en quienes, dada su posición de mando, dominaron la ejecución del plan criminal”<sup>1124</sup>.

En cuanto al objetivo de centrar los esfuerzos investigativos en los máximos responsables, la Corte Constitucional ha considerado que enjuiciar y sancionar los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra ejecutados por estos sujetos y no aquellos realizados por otros autores, resulta coherente con la macrocriminalidad de los crímenes internacionales<sup>1125</sup>, vinculándose todas las graves violaciones a los Derechos Humanos y al DIH relacionada con este tipo de infracciones a un máximo responsable<sup>1126</sup>.

---

<sup>1123</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 001 de octubre 4 de 2012 “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”. p. 3.

<sup>1124</sup> UPRIMNY, R., SÁNCHEZ DUQUE, L. M., y SÁNCHEZ LEÓN, N. C. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014. p. 133 y 134.

<sup>1125</sup> Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, *Óp. Cit.* p. 87.

<sup>1126</sup> La Corte Constitucional expresa “La posibilidad de centrar la investigación, el juzgamiento y la sanción en los máximos responsables, permite que el Estado encause las graves violaciones a los derechos humanos bajo contextos, utilizando los criterios de gravedad y representatividad; tipificarlos como delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática e imputarlos efectivamente en



Adicionalmente, esta decisión se encamina a erradicar las organizaciones criminales y desvelar patrones de violaciones de los Derechos Humanos, lo cual evitará futuras transgresiones a los mismos, fortaleciendo la garantía de no repetición de futuras conductas protegiendo a las víctimas<sup>1127</sup>. Bajo este entendido, se consideró que el imputar los delitos solo a este tipo de personas no es una forma de renunciar a las obligaciones del Estado, constituyéndose este parámetro el estándar mínimo a favor de las víctimas, porque

“(…) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”<sup>1128</sup>.

Esta figura se incluyó en la modificación que se realizó al proceso de Justicia y Paz mediante Ley 1592 de 2012<sup>1129</sup> y reglamentado por el Decreto Nacional 3011 de 2013<sup>1130</sup>, por los altos grados de impunidad que tantas veces se ha enunciado. La Corte Constitucional consideró que centrar la investigación en los máximos responsables no vulnera los derechos de las víctimas, puesto que ello

“(…) no quiere decir que los demás responsables no sean investigados, sino que podrá centrarse la investigación inicialmente en quienes tengan una mayor responsabilidad para estudiar de manera más profunda el fenómeno de macrocriminalidad y luego se investigará y juzgará a todos los demás perpetradores en virtud de los hallazgos realizados en los primeros macroprocesos, otorgándose un orden más coherente a la reconstrucción del fenómeno criminal”<sup>1131</sup>.

---

virtud de su participación en el plan o política a los máximos responsables. En virtud de los criterios de gravedad y representatividad se podrán construir macroprocesos en torno a una serie de elementos comunes como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible que sean representativos de los que tengan las mismas características”. Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 8.4.3.

<sup>1127</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 8.4.3.

<sup>1128</sup> *Ibíd.* par. 9.6.

<sup>1129</sup> El artículo 13 de esta ley expresa “(…) Los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables”.

<sup>1130</sup> Diario Oficial 49016 de diciembre 27 de 2013.

<sup>1131</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 694 de 2015. par. 8.1.2.6. Posición reiterada en la Sentencia C – 007 de 2018. par. 394.

Lo relevante de esta regulación es que marcó una reorientación del enfoque investigativo, mediante la determinación de patrones de macrocriminalidad y la identificación de contextos de actuación criminal como criterios orientadores<sup>1132</sup>. Bajo ese entendido, como se enunció en líneas previas, la Fiscalía General de la Nación tomó la decisión de investigar a 16 postulados que eran miembros de los grupos paramilitares, considerándolos como máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, de guerra y contra el DIH, realizados de manera directa o por los integrantes bajo su mando.

Ya en el marco del proceso de paz con las FARC-EP<sup>1133</sup>, el Acto Legislativo 01 de 2017 otorga la potestad al Estado para concentrar la persecución de los delitos en los máximos responsables de los crímenes más representativos y graves<sup>1134</sup>. La Corte Constitucional concluyó que este modelo sancionatorio no vulnera el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al DIH se “(...) preserva expresamente el deber de criminalizar a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y únicamente permite la renuncia a la persecución de los delitos que no tienen esta connotación”<sup>1135</sup>.

Con fundamento en lo anterior, la JEP como consecuencia del principio de selección y atribución de los casos más graves y representativos no amnistiabiles a los máximos responsables, deberá privilegiar la construcción de macroprocesos, al punto que aquellas personas que ejecutaron vulneraciones no seleccionadas podrán acceder a los tratamientos penales especiales. Por ello el artículo 19 de la Ley 1957 de 2019 establece como criterio de selección las características de los autores la “Participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos”.

Lo anterior permite concluir que los títulos de imputación previstos en la regulación interna, tanto en el Código Penal como en el Código Penal Militar pueden ser empleados

---

<sup>1132</sup> Los artículos 15 y 16 del Decreto Nacional 3011 de 2013 desarrollan que puede entenderse por patrón y contexto.

<sup>1133</sup> El Acuerdo Final estableció que quienes sean considerados como máximos responsables deben ser identificados individualmente. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. Bogotá D.C. p. 155 y 156.

<sup>1134</sup> Artículo 3 Acto Legislativo 01 de 2017.

<sup>1135</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par. 6.5.2.

para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables<sup>1136</sup>. A su vez, este concepto permitirá efectuar una investigación concentrada y dirigida a la macrocriminalidad, facilitando la consecución de resultados tangibles en pro de los derechos de las víctimas del conflicto armado, así como determinar con mayor claridad las responsabilidades de aquellos sujetos que promovieron las mayores infracciones a los Derechos Humanos. Por ello, se considera que la decisión adoptada por el Estado es adecuada y se encuentra conforme al ordenamiento jurídico internacional.

### 3.- Modalidades básicas de intervención punible

Los crímenes internacionales pueden ejecutarse total o parcialmente por una persona o por varias, simultáneamente o sucesivamente, de la misma manera que varios hombres pueden llevar a cabo tal ejecución en uno o diferentes actos. Estas hipótesis llevan a elaborar preceptos que permitan resolver el panorama en que se encuentre el tipo penal, con el propósito de incluir a quien intente realizar el delito, así como a quien sin haberlo ejecutado induzca o contribuya a su elaboración. Es decir que imputar es vincular con base en una norma a un acontecimiento y un sujeto, en otras palabras, individualizar el reproche del hecho<sup>1137</sup>.

Ahora la complejidad de la imputación de los comportamientos macrocriminales ha sido estudiado por algunos autores, quienes han analizado principalmente la imputación individual de las conductas colectivas, que es la forma más común de ejecutar delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, donde tiene mucha importancia lo relativo a la sistematicidad o gran escala de los hechos imputados. Como lo enuncia AMBOS

“(…) La especialidad de la imputación de derecho penal internacional consiste en que los *hechos individuales* —por lo general, codificados en los ordenamientos jurídico penales nacionales— se insertan en un hecho total (*‘Gesamtthat’*), el cual describe el respectivo contexto colectivo de comisión. Este punto de vista completa la desde siempre conocida imputación *individual*, con un elemento *colectivo*, la imputación a la organización (criminal), por lo general, el

---

<sup>1136</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par. 5.5.1.9.

<sup>1137</sup> Cfr. AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, (Trad. Ezequiel Malarino), 3a edición, Montevideo: Duncker & Humblot–Fundación Konrad Adenauer–TEMIS, 2005, p. 145 y ss.

Estado. Visto de este modo, se trata, por una parte, de un modelo de imputación no sólo individual, sino también ‘sistémico’<sup>1138</sup>.

Como se ha enunciado, la competencia para imputar los crímenes internacionales es respecto a personas naturales mayores a dieciocho años, es decir, una responsabilidad individual<sup>1139</sup>. De conformidad con el artículo 25 del ECPI, se encuentra que la misma se puede imputar bajo el título de autor, coautor, autor mediato, determinador, cómplice, encubridor o colaborador, de tal manera que se contemplan todas las formas de autoría y participación en los juzgamientos que se adelanten ante la CPI. Adicionalmente, el artículo 28 del ECPI regula la responsabilidad penal de los jefes y otros superiores por el incumplimiento del deber de ejercer el control apropiado sobre fuerzas bajo su mando y control efectivo, institución que se analizará en el siguiente capítulo.

Para la CPI el criterio que diferencia entre autoría y participación es el dominio del hecho. En ese entendido, autor será quien tiene en su poder el dominio en la producción del hecho típico, circunstancia que no sucede con el partícipe. Conforme a lo anterior, la ejecución del crimen puede materializarse según gran parte de la doctrina en distintas formas: i) en la autoría directa, con el control de la acción; ii) en la autoría mediata con el control de la voluntad del instrumento; iii) y en la coautoría, el co-dominio funcional del hecho en todos los intervinientes<sup>1140</sup>.

Infortunadamente, la aplicación de estas figuras no ha sido del todo clara, puesto que a pesar que los dirigentes son quienes tienen la capacidad de planear, iniciar, evitar o detener la realización de delitos a gran escala, considerárseles como meros partícipes, denotaría una sanción muy inferior a la merecida. En ese sentido se pronuncia AMBOS afirmando

“(…) La diferenciación entre autoría individual, coautoría y autoría mediata en el ámbito del derecho penal internacional no sólo representa un avance estructural y sistemático, sino que

---

<sup>1138</sup> AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Óp. Cit., p. 163.

<sup>1139</sup> Cfr. MALEKIAN, F. *International criminal law: The legal and critical analysis of international crimes*, London: Cambridge University Press, 1991. p. 106.

<sup>1140</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2016. p. 151 y ss. En el mismo sentido CPI, *Caso The Prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717. par. 488 y CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 332.

obliga también a sistematizar concluyentemente el aún confuso derecho de la participación y a diferenciarlo claramente de la autoría”<sup>1141</sup>.

Por ello, la jurisprudencia internacional del TPIY en el *Caso Tadic* expresó

“(…) Bajo estas circunstancias, afirmar la responsabilidad penal como autor sólo de la persona que materialmente realiza el acto delictivo desprendería la función de coautores de todos aquellos que de alguna manera colaboraron con el autor material a llevar a cabo el acto delictivo. Al mismo tiempo, dependiendo de las circunstancias, sostener la responsabilidad de estos últimos sólo como cooperadores podría subestimar el grado de su responsabilidad penal”<sup>1142</sup>.

Conforme a lo anterior, tal como lo enuncia OLASOLO, el Derecho Penal Internacional ha hecho mayor énfasis en impulsar algunos conceptos como la autoría y coautoría mediata a través de estructuras organizadas de poder y la empresa criminal conjunta, con la finalidad de evidenciar el papel que desempeñan los cabecillas en la ejecución de los crímenes internacionales<sup>1143</sup>.

Como se ha venido desarrollando a lo largo del presente escrito, se procederá a explicar las figuras que constituyen títulos de imputación de autoría y participación, verificando la posición actual de la CPI y las teorías de la Empresa Criminal Conjunta, concepto que se ha utilizado en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, y la teoría del dominio funcional del hecho, posición acogida mayoritariamente por la jurisprudencia de la CPI<sup>1144</sup>.

En lo que tiene que ver con el caso de Colombia, se delimitará la modalidad de imputar los crímenes internacionales a los máximos responsables, verificando la posición actual y la forma como se ha establecido en la regulación y aplicado en los diferentes estamentos judiciales, delimitando las figuras en que mejor se puede fundamentar la atribución de responsabilidad, respetando el principio de culpabilidad y asumiendo que el

---

<sup>1141</sup> AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Óp. Cit., p. 173.

<sup>1142</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A. párr. 192.

<sup>1143</sup> Cfr. OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 42 y 43.

<sup>1144</sup> Para un análisis más profundo del que se escapa el objeto de la presente investigación, se puede acudir a OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit.; CASSESE, A. *International Criminal Law*. Óp. Cit.; VAN SLIEDREGT, E. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012; AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier, 2008; BANTEKAS, I. *International Criminal Law*. Óp. Cit.

Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la JEP establecen que para la calificación jurídica se deberá tener en cuenta las normas del Código Penal, las de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, DIH o Derecho Penal Internacional<sup>1145</sup>, destacando que los operadores de justicia cuentan con un muy amplio conjunto de títulos de imputación e instrumentos jurídicos para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al DIH.

#### **4.- La Autoría.**

Tradicionalmente se ha distinguido que la comisión de los crímenes puede realizarse por sí solo, es decir, la comisión individual; conjuntamente con otros; o valerse de otra persona para ejecutarlo. Estas tres formas de atribución de la responsabilidad fueron desarrolladas por la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc y plasmadas por el ECPI en el artículo 25.3.a)<sup>1146</sup> y en el artículo 29 del Código Penal Colombiano<sup>1147</sup>, lo que determina una forma diferente en la actuación dentro de la ejecución de un crimen, por lo que deben analizarse y aplicarse de manera exhaustiva.

A modo de introducción se puede enunciar que el primero de los supuestos es la autoría directa, entendida como la forma clásica de atribuir directamente la responsabilidad, es decir, quien ejecuta o perpetra el delito por sí mismo, u omite el cumplimiento de una obligación, será sancionado por tal hecho. Para ello es necesario que el sujeto participe directa y físicamente en la comisión de la conducta y con la intención exigida para cada caso, lo que supone la existencia del *actus reus* y *mens rea*, y que coincidan en el individuo acusado<sup>1148</sup>. En lo que tiene que ver con la omisión, se debe probar que el sujeto acusado

---

<sup>1145</sup> Artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 y Artículo 23 de la Ley 1957 de 2019.

<sup>1146</sup> El artículo 25.3 (a) expresa “3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”

<sup>1147</sup> Esta norma enuncia “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

<sup>1148</sup> Cfr. TPIR. *Caso The prosecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 15 de mayo de 2003, No. ICTR-97-20-T, Par. 383; TPIR. *Caso The prosecutor c. George Rutaganda*, sentencia del 6 de diciembre de 1999, No. ICTR-96-3-T, Par. 40 y 41; TPIY. *Caso The prosecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 2 de agosto de 2001,

tenía un deber y competencia de actuar establecido en una norma penal; que el acusado no actuó con la intención de conseguir las consecuencias sancionables o con la consciencia que las mismas podrían tener lugar; y que esa decisión de omitir el actuar provocó la comisión de un delito<sup>1149</sup>.

El segundo de los supuestos es la coautoría, comprendiendo que sean varios los realizadores del crimen, en la medida que se refiere a la eventualidad que se cometan “con otro”. En este caso la característica principal es que por regla general se da una división del acto criminal en los individuos, tomando en cuenta un plan o proyecto común, y atendiendo la importancia del aporte. Aquí la complejidad consiste en verificar si los elementos de cada uno de los crímenes deben coincidir en la totalidad de los sujetos, como sucede en la figura explicada en el párrafo anterior, a lo que la jurisprudencia internacional ha resuelto que todos quienes participan en la comisión del crimen deben cumplir con los elementos definitorios del delito<sup>1150</sup>.

En lo que tiene que ver con el tercero de los supuestos, es decir, la autoría mediata, se debe enunciar que el ECPI es el primer instrumento internacional que reconoce la responsabilidad de quien comete el crimen por conducto de otra persona, determinando como autor principal aquel sujeto que utiliza como instrumento a otra persona para realizar un delito, sistema clásico de las normas internas de los Estados. La atribución de responsabilidad en este caso deberá coincidir en el autor la elaboración del *actus reus* y *mens rea* exigida para cada uno de los delitos, sin olvidar que el acusado aplica como herramienta a un individuo.

Como se manifestó anteriormente, la CPI ha venido aplicando la teoría del dominio hecho o control del crimen, como característica común a todas las formas de autoría<sup>1151</sup>, distanciándose de la posición de los Tribunales Ad Hoc, que empleaba la teoría de la

---

No. IT-98-33-T, Par. 601. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T, par. 188.

<sup>1149</sup> Cfr. TPIR. *Caso The prosecutor c. Ntagerura*, sentencia del 24 de febrero de 2004, No. ICTR-96-44-T, Par. 659.

<sup>1150</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001. No. ICTY-96-23-T y 96-23/1-A, par. 390.

<sup>1151</sup> Cfr. CPI. *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 1 de diciembre de 2014, No. ICC-01/04-01/06-3121, par. 469 y ss. En el mismo sentido CPI, *Caso The Prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717. par. 480 y ss.

Empresa Criminal Conjunta, acogiendo el concepto de autor adoptado en tal figura, de esta manera, sería responsable aquel sujeto que tenga control o dominio sobre el crimen como resultado de su colaboración en el mismo, lo que permite distinguir con mayor claridad la autoría de las otras formas de actuación dentro de la actividad criminal, como la participación<sup>1152</sup>.

En los siguientes acápites de este escrito se procederá a analizar con mayor profundidad las figuras correspondientes a la autoría contemplados en la regulación y la forma como se ha interpretado por parte de la jurisprudencia y la doctrina internacional, en el caso de comisión individual de los hechos, o por el contrario, cuando se actúa conjuntamente con otras personas, situación que ha debido ser resuelta a través de las teorías de la Empresa Criminal Conjunta, y la del dominio funcional del hecho para darle una solución adecuada. Adicionalmente, se verificará como se ha aplicado en el ordenamiento jurídico colombiano, y en que casos habría lugar a emplearse en los procesos de justicia transicional.

#### **4.1.- La Comisión individual: Autor directo o inmediato**

Como se enunció anteriormente, la primera forma de autoría es la directa o inmediata<sup>1153</sup>, y se presenta cuando el sujeto materialmente ejecuta todos los elementos del crimen, conjuntamente con el *mens rea*, es decir, tiene dominio de la acción se trata de quien idea, decide el hecho y dirige su propia actividad hacia la realización del tipo. Se puede definir como autor directo a “(...) aquel que, reuniendo las exigencias personales objetivas y subjetivas exigidas por el correspondiente tipo legal, realiza el hecho típico”<sup>1154</sup>. El ECPI en el artículo 25.3. a) establece que es quien comete el delito “por si solo”, de tal manera que sustenta el control total de la acción<sup>1155</sup>, sin intermediarios y teniendo el

---

<sup>1152</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 348.; Vid. VAN SLIEDREGT, E. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Óp. Cit., p. 83 y ss.

<sup>1153</sup> El TPIY en el *Caso Tadic* expresa “direct commission”. Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, No. IT-94-1-T, par. 666.

<sup>1154</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de derecho penal*, Vol. II, Madrid: Trotta, 1999. p. 289.

<sup>1155</sup> Vid. OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 85 y ss.



dominio del hecho<sup>1156</sup>. Los Tribunales Ad Hoc han establecido en su jurisprudencia que esta modalidad también puede llevarse a cabo mediante omisión<sup>1157</sup>.

Lo que podría deducirse de la interpretación del artículo 25 del ECPI es que, si la persona no cumple con todos los requisitos y elementos objetivos y subjetivos del delito, se deberá acudir a las otras figuras definidas en la norma para considerarlo como responsable, y no acudir a la autoría directa<sup>1158</sup>.

Respecto a la regulación interna, los artículos 29 y 32 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal regulan el concepto de autor directo (material) enunciando que “(...) es autor quien realice la conducta por sí mismo”. En sentido similar se pronuncia el artículo 30 del Código Penal Militar afirmando “(...) es autor quien realice la conducta punible por sí mismo (...)”.

Fundamentado en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha expresado que el autor directo “(...) se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria”<sup>1159</sup>. En el marco de esta definición, los requisitos objetivos y de culpabilidad deben estar presentes y probarse así sea bajo indicios<sup>1160</sup>, de tal manera que su inexistencia conlleva a la imposibilidad de señalarse como autor, es así como no difieren de lo establecido por el ECPI.

Esta modalidad de imputación no tiene un mayor desarrollo en la jurisprudencia de la CPI, principalmente porque la intención de este órgano judicial es enjuiciar y sancionar a los máximos responsables. Teniendo en cuenta que estos individuos no siempre cometen las conductas punibles por sí mismos o de manera autónoma, y el hecho que la realización de crímenes internacionales goza como característica que su ejecución sea por un grupo

---

<sup>1156</sup> Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, 3ª Ed, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 258.

<sup>1157</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Krnojelac*, sentencia de 17 de septiembre de 2003. No. IT-97-25-A, par. 73; TPIY. *Caso The prosecutor c. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001. No. ICTY-96-23-T y 96-23/1-A, par. 390. En el mismo sentido se pronuncia WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 349.

<sup>1158</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 349.

<sup>1159</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rad. 29221.

<sup>1160</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso Rubén Darío Quintero Villalba*. Sentencia de 27 de septiembre de 2010, Rad. 34653.

plural de personas, la CPI no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchos casos al respecto.

No obstante, el único pronunciamiento donde encontramos referencia directa a esta figura es en el *Caso Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido*, donde como conclusiones generales, la CPI ha considerado que el autor debe llevar a cabo físicamente todos los elementos objetivos del delito<sup>1161</sup>. Frente a los elementos subjetivos, el autor debe actuar con conocimiento e intención<sup>1162</sup> y cumplir con cualquier requisito especial que corresponda a la conducta punible. Estos puntos simplemente siguen los parámetros establecidos en el artículo 30 del ECPI, de tal manera que es una interpretación y aplicación taxativa de este postulado normativo.

Para el caso de las investigaciones en la justicia transicional colombiana, como se expresó en un inicio, parecería que esta posibilidad sea poco frecuente bajo el estudio de la JEP, no obstante, si resultaría trascendental que al momento de analizar esta figura, cuando haya lugar a su aplicación por el material probatorio existente, se determine con claridad los elementos que se deben aplicar, y no dar lugar a confusiones con otros conceptos como el de la coautoría, situación que ni siquiera la CPI ha delimitado con suficiencia.

#### **4.2.- Comisión conjunta de crímenes internacionales**

Como se ha manifestado previamente, cuando la comisión de los crímenes internacionales es realizada por varias personas, se deberá analizar la conducta desplegada por cada uno de los agentes para determinar su responsabilidad penal<sup>1163</sup>. En ese sentido se consagra el artículo 25.3 a) del ECPI, donde los elementos para su aplicación han sido

---

<sup>1161</sup> Cfr. CPI, *Caso The Prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717; y CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 58. Esta posición es contraria a lo manifestado por el TPIR que ha considerado que la comisión no puede limitarse a la realización material y directa. TPIR. *Caso The prosecutor c. Gacumbitsi*, sentencia de 7 de julio de 2006. No. ICTR-2001-64-A, par. 60.

<sup>1162</sup> Cfr. CPI, *Caso The Prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717; y CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 58.

<sup>1163</sup> Vid. AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Óp. Cit., p. 175 y ss.; Vid. CASSESE, A. *International Criminal Law*. Óp. Cit., p. 161 y ss.

desarrollados por la jurisprudencia internacional y el Derecho Internacional consuetudinario<sup>1164</sup>. Dentro de las formas instauradas por el ECPI y el Código Penal Colombiano, podemos encontrar la autoría mediata, la cual se realiza con dominio de voluntad, de manera indirecta o a través de otras personas; y la coautoría, que puede ser con control conjunto o dominio funcional<sup>1165</sup> y la mediata<sup>1166</sup>.

La jurisprudencia tanto de los organismos internos, así como de los Tribunales Ad Hoc y de la CPI, para determinar que grado de responsabilidad le es aplicable a cada una de las personas, en el caso de comisiones colectivas del delito, ha procurado ir más allá de la intervención fáctica, entrando a analizar componentes adicionales, como por ejemplo si eran parte de una organización donde existía un plan común y la importancia de la contribución o aportación dentro de la actividad criminal. Para resolver estos casos en los que se dan mayores complejidades, como puede ser cuando un delito es cometido por varias personas que pertenecen a una organización, ha sido necesario acudir a las teorías de la empresa criminal conjunta y la del dominio funcional del hecho, las cuales se procederá a analizar.

#### **4.2.1- La Teoría de la empresa criminal conjunta.**

Se puede entender la Empresa Criminal Conjunta<sup>1167</sup> como un concierto común, expreso o tácito elaborado por un número plural de personas, en el que todas ellas contribuyen para realizar actos criminales con un objetivo o finalidad criminal significativa, como por ejemplo cuando una organización criminal pone en marcha un plan genocida para destruir algún grupo de humanos protegidos. El fundamento de esta teoría procede de los esquemas de criminalidad colectiva en los cuales “(...) es extremadamente difícil

---

<sup>1164</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 349 y 350.

<sup>1165</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 342 y ss.

<sup>1166</sup> Cfr. CPI, *Caso The Prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia de 4 de marzo de 2009 (Orden de detención), No. ICC-02/05-01/09.

<sup>1167</sup> Para un estudio más profundo y detallado de esta figura se puede acudir a GIL GIL, A., “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 511-587. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013, p. 513 y 514; AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, en *JICJ*, N° 5, 2007, pp. 159; OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, en *InDret*, 3/2009; GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint criminal enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 413-471. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

determinar con exactitud la contribución específica que cada participante, en lo individual, tuvo (en el crimen)”<sup>1168</sup>.

Los Estatutos de los TPIY y TPIR no contienen de manera expresa la exigencia de pertenencia a una organización, pero la interpretación que le dio su jurisprudencia fue entender que se encontraba inmersa como una forma de comisión. Por ello y para poder ayudar a resolver las dificultades que se presentaban en situaciones de criminalidad colectiva indirecta, se introdujo la figura en el *Caso Tadic*<sup>1169</sup> denominándose Empresa Criminal Común o Conjunta (*joint criminal enterprise*), considerando que se encuentra en el Derecho Internacional consuetudinario<sup>1170</sup>, de tal manera que una persona que haya participado en un plan común encaminado a la realización de un crimen internacional puede eventualmente ser responsable por dicho crimen, bajo la modalidad de autor principal, independientemente del contenido material de su colaboración<sup>1171</sup>.

Los Tribunales Ad Hoc consideraron relevante crear una figura que tuviese en cuenta el contexto colectivo, generalizado y sistemático en los crímenes internacionales, con el propósito de superar las dificultades probatorias al momento de estudiar las contribuciones que los sujetos han realizado en la comisión de tales hechos<sup>1172</sup>. Incluso

---

<sup>1168</sup> CASSESE, A., “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, en *5 Journal of International Criminal Justice* 109, 2007. p. 110. Traducción libre.

<sup>1169</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A. par. 185 y ss. Posición reiterada recientemente en el *Caso The prosecutor c. Radovan Karadzic*, sentencia de 24 de marzo de 2016, No. IT-95-5/18-T.

<sup>1170</sup> El *Caso Tadic* cita entre otras disposiciones el artículo 25.3 (d) del ECPI, y el artículo 2.3 (c) del convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997, considerando que las mismas contienen un “valor jurídico significativo”. También citó jurisprudencias posteriores a la Segunda Guerra Mundial de los Tribunales que se encargaron de juzgar los hechos cometidos en aquella contienda bélica. Este aspecto fue rechazado por un amplio sector de la doctrina, donde al respecto se puede encontrar posiciones en GIL GIL, A., “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” *Óp. Cit.*, p. 513 y 514; AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Óp. Cit.*, pp. 159; OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, *Óp. Cit.*, pp. 4-5.

<sup>1171</sup> Vid. OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 304-305; Vid. CASSESE, A. *International Criminal Law*. *Óp. Cit.*, p. 190; Vid. VAN SLIEDREGT, E. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. *Óp. Cit.*, p. 135.

<sup>1172</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A. par. 196-204. Al respecto también se puede ver AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, *Óp. Cit.*, p. 66. Y WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 350 y ss.

otros Tribunales internacionales (como el TESL) acogieron esta figura y la aplicaron en los asuntos bajo su competencia<sup>1173</sup>.

Si bien es cierto esta figura en un principio no se entendía como una forma de autoría o participación, el TPIY a partir del *Caso Milutinovic* delimitó su naturaleza en la de una coautoría, de tal manera que es una forma de responsabilidad principal<sup>1174</sup>, y así se ha aplicado en pronunciamientos posteriores confirmando esta posición<sup>1175</sup>, donde todas las modalidades de intervención criminal suponen la imputación de una misma responsabilidad penal individual siempre que se comparta el propósito criminal común.

Bajo la óptica de la jurisprudencia, se han distinguido tres categorías de criminalidad colectiva de acuerdo con esta teoría<sup>1176</sup>. En primer lugar, se encuentra una forma en que los intervinientes o participantes del delito realizan dicho acto bajo una intención (dolo) o iniciativa común y una contribución al delito, es decir la coautoría, lo que la doctrina ha denominado “Empresa Criminal Conjunta I”, donde todos los intervinientes responden como autores del crimen<sup>1177</sup>.

En segundo lugar, está aquella que cometen los miembros militares o administrativos de manera sistemática conforme a un proyecto o plan común, principalmente en el caso de centros de detención, campos de concentración, etc., donde no se requiere la prueba del acuerdo entre los intervinientes, pero sí su aceptación a la represión, denominada “Empresa Criminal Conjunta II”, caso en el cual será necesario probar la intención de mantener el sistema de maltrato<sup>1178</sup>. Como resultado cada uno de los

---

<sup>1173</sup> Cfr. TPIR. *Caso The prosecutor c. Munyakazi*, sentencia de 28 de septiembre de 2011, No. ICTR-97-36A-A. par. 160 y ss; TPIR. *Caso The prosecutor c. Bizimungu*, sentencia de 30 de septiembre de 2011, No. ICTR-99-50-T. par. 1905 y ss.; TESL. *Caso The prosecutor c. Alex Tambe Brima et al*, sentencia de 20 de junio de 2007, No. SCSL-04-16-T. par. 61 y ss. Al respecto también se puede consultar METTRAUX, G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunal*, New York: Oxford University Press, 2006, pp. 287 y ss.

<sup>1174</sup> Cfr. TPIY. *Caso The Prosecutor c. Milan Milutinovic*. Sentencia del 21 de mayo de 2003, No. ICTY-99-37-AR72. par. 20, 31.

<sup>1175</sup> Cfr. TPIY. *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 33; TPIY. *Caso The prosecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 2 de agosto de 2001, No. IT-98-33-T, par. 266.

<sup>1176</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A. par. 195-204. Dentro de esta sentencia, se deducen como forma básica (“*basic form*”), forma sistémica (“*systemic form*”) y forma extendida (“*extended form*”). Al respecto se puede consultar AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, *Óp. Cit.*, p. 68.

<sup>1177</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 355. En el mismo sentido se pronuncia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 8 de marzo de 2001, Rad. 14851.

<sup>1178</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A. par. 203.

intervinientes será responsable de los delitos que se hayan cometido conforme a lo acordado en el lugar de reclusión<sup>1179</sup>.

Por último, se encuentra aquella denominada “Empresa Criminal Conjunta III”, donde los autores materiales van más allá de lo establecido en el proyecto común, pero continúa siendo parte del mismo, y la comisión de dichos crímenes es una consecuencia previsible de la ejecución del plan común<sup>1180</sup>. Conforme a la jurisprudencia, cada uno de los intervinientes responde por estos hechos cuando el delito es “consecuencia natural y previsible” de la realización del plan común<sup>1181</sup>. Esta forma de Empresa Criminal Conjunta ha tenido ciertas dificultades en la aplicación para el caso de delitos como el genocidio que requiere un *dolus specialis*, principalmente porque debería probarse para este interviniente esta intención también, en ese sentido se pronunció el TPIY en el *Caso Stakic*<sup>1182</sup>. No obstante, posteriormente consideró en los casos *Brdanin* y *Milosevic*, que si es aplicable cuando el delito de genocidio es “consecuencia natural y previsible” de la misma, de tal manera que no es necesario que se comparta una intención específica por parte de los intervinientes del delito<sup>1183</sup>. De acuerdo a lo anterior, la responsabilidad penal es imputable

“(…) no solamente a la persona que físicamente cometió un crimen, sino también puede extenderse a aquellos que participan, y contribuyen a la comisión del crimen de diversas formas, cuando tal intervención está suficientemente relacionada con el crimen, siguiendo los principios de responsabilidad por complicidad”<sup>1184</sup>.

---

<sup>1179</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 355.

<sup>1180</sup> Vid. AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Óp. Cit., p. 68.

<sup>1181</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A, par. 228; TPIY. *Caso The prosecutor c. Krnojelac*, sentencia de 17 de septiembre de 2003, No. IT-97-25-A, par. 32; TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A, par. 365. En el mismo sentido se pronuncia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 8 de marzo de 2001, Rad. 14851, afirmando “(…) tratase de una real unidad delictiva en la que cada uno de los integrantes de la organización intervino en lo necesario para lograr el fin común propuesto, admitiendo como suyas no exclusivamente las acciones previamente planeadas sino, igualmente, las que dentro de la complejidad del objetivo propuesto debían ejecutarse, ya porque así estuviese previsto o porque en su desarrollo a ello había que recurrir para asegurar el objetivo propuesto”.

<sup>1182</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Stakic*, sentencia de 22 de marzo de 2006, No. IT-97-24-A, par. 530.

<sup>1183</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A, par. 430; y TPIY. *Caso The prosecutor c. Milosevic*. Sentencia de 16 de junio de 2004. No. IT-02-54-T, par. 290 y 291.

<sup>1184</sup> TPIY. *Caso The persecutor c. Simic*, sentencia de 28 de noviembre de 2006, No. IT-95-9-A, par. 243 y 265.

Así, esta figura contiene tres elementos objetivos<sup>1185</sup>, aplicables a las diferentes clases de Empresa Criminal Conjunta, a saber, una pluralidad de personas, que no necesariamente deben encontrarse identificadas, o ser parte de una organización militar, política o social<sup>1186</sup>, lo que determina la existencia de un acuerdo necesario para determinar los aportes de cada uno de los intervinientes<sup>1187</sup>; un plan común formalizado o implícito entre ellas encaminado a la comisión de un crimen internacional<sup>1188</sup>, el cual no es necesario que sea previo a los delitos; y una acción u omisión sustancial en la realización del delito, de tal manera que su actuación contiene cierta importancia en el mismo<sup>1189</sup>, es decir cualquier tipo de colaboración que aporte al hecho<sup>1190</sup>.

En lo que tiene que ver con los elementos subjetivos, la situación cambia de acuerdo a la clase de Empresa Criminal Conjunta en la que nos encontremos<sup>1191</sup>. Al respecto, se comparte la idea formulada por algunos autores como AMBOS quienes han manifestado que:

“(…) la JCE I (Empresa Criminal Conjunta I) requiere la intención compartida por todos los coautores; la JCE II (Empresa Criminal Conjunta II) requiere el conocimiento personal de todo el sistema criminal, y la JCE III (Empresa Criminal Conjunta III) requiere la intención del autor de (i) participar en el propósito criminal, y además (ii) la de contribuir a la comisión del crimen por el grupo”<sup>1192</sup>.

Con el pasar de los años, la jurisprudencia del TPIY empezó a aplicar de manera diferente la figura de la Empresa Criminal Conjunta, tratando de ampliarse a casos en los que no se encontraba inicialmente consagrado ni tácitamente, posición que ha debido ser frenada y limitada por la Sala de Apelaciones, exigiendo una contribución significativa al

<sup>1185</sup> Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?*” *Óp. Cit.*, p. 419.

<sup>1186</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A. par. 430.

<sup>1187</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 352.

<sup>1188</sup> Cfr. TPIY. *Caso The persecutor c. Simic*, sentencia de 28 de noviembre de 2006, No. IT-95-9-A. par. 418 y 419.

<sup>1189</sup> Cfr. TPIY. *Caso The Prosecutor c. Milan Milutinovic*. Sentencia del 26 de febrero de 2009, No. IT-05-87-T. par. 103.

<sup>1190</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A. par. 430.; TPIY. *Caso The prosecutor c. Krajisnik*. Sentencia de 17 de marzo de 2009. No. IT-00-39-A. par. 215.

<sup>1191</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A. par. 411. Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?*” *Óp. Cit.*, p. 419 y 420.

<sup>1192</sup> AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, *Óp. Cit.*, p. 68.

plan común, acercando la figura a lo que tradicionalmente ha sido la coautoría (naturaleza jurídica que se le atribuye actualmente)<sup>1193</sup>, o dependiendo de la forma como actúan en el delito, podría encontrarse inmerso en una responsabilidad del superior o en la complicidad<sup>1194</sup>.

A su vez, el TPIY diferenció esta figura de la participación<sup>1195</sup>, elementos que para GUTIERREZ RODRÍGUEZ se podrían resumir en:

“(…) i) la empresa criminal conjunta es una forma de autoría y no de participación; ii) las formas de participación no requieren un plan común, de modo que el partícipe puede llevar a cabo su aportación sin que el autor principal lo sepa; iii) el partícipe lleva a cabo un acto específicamente dirigido a colaborar en la comisión de un crimen concreto, mientras que al coautor le basta con ejecutar un acto dirigido al desarrollo del propósito o plan común, y iv) en relación con el elemento subjetivo, el partícipe debe conocer que sus actos cooperan a la comisión del crimen por el autor, mientras que al coautor se le exige la intención de cometer el crimen o, al menos, de apoyar la empresa criminal conjunta, junto a la previsibilidad de que fueran cometidos los hechos no previstos inicialmente”<sup>1196</sup>.

No obstante que la figura de la Empresa Criminal Conjunta se ha pródigo como interesante e innovadora, y aunque los jueces colombianos la han aplicado para casos de concierto para delinquir agravado relacionados con delitos de lesa humanidad<sup>1197</sup>, hasta el momento la jurisprudencia de la CPI y los diversos tratados internacionales no han acudido a ella<sup>1198</sup>, probablemente por estar de acuerdo con las críticas formuladas por la doctrina consistentes en que aplicarla podría vulnerar el principio de legalidad, culpabilidad y responsabilidad por el hecho propio<sup>1199</sup>, volviendo prácticamente ilimitada la

---

<sup>1193</sup> Cfr. TPIY. *Caso The Prosecutor C. Milan Milutinovic*. Sentencia del 21 de mayo de 2003, No. ICTY-99-37-AR72. par. 20.

<sup>1194</sup> Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?*” *Óp. Cit.*, p. 431 y 432. También se puede encontrar un análisis mas profundo en GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor: fundamento y límites*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

<sup>1195</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A. par. 229 y ss.; TPIY. *Caso The prosecutor c. Krnojelac*, sentencia de 17 de septiembre de 2003. No. IT-97-25-A, par. 33.

<sup>1196</sup> GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?*” *Óp. Cit.*, p. 434. En el mismo sentido se pronuncia WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 356.

<sup>1197</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 10 de abril de 2008, Rad. 29472.

<sup>1198</sup> Algunos autores como BANTEKAS, sostienen que esta figura no se encuentra explícitamente en el ECPI. Cfr. BANTEKAS, I. *International Criminal Law*. 4 ed. Oregon: Hart Publishing. 2010. p. 60.

<sup>1199</sup> Vid. GIL GIL, A., “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata” en *Cuadernos de política*



responsabilidad. En lugar de esto, con el propósito de interpretar el artículo 25 del ECPI se han apoyado en la coautoría mediata y la teoría del dominio del hecho, figura que se explicará en el acápite siguiente del presente escrito.

#### 4.2.2.- Teoría del dominio funcional del hecho

Esta teoría ha sido desarrollada por autores alemanes como CLAUS ROXIN<sup>1200</sup>, aunque ya había estado enunciada en el pasado por otros como HEGLER o WELZEL<sup>1201</sup>, con el fin de determinar la responsabilidad de los líderes de las organizaciones criminales, cuya idea se sustenta en que la autoría principal del delito no se circunscribe exclusivamente en el sujeto que ejecuta los elementos materiales del tipo penal, sino que se extiende incluso a aquellos sujetos que lo controlan o dirigen, por la capacidad de decisión en cuanto a la forma y manera como se realizará. Esta hipótesis se fundamenta en el estudio de la contribución objetivo-material al delito y ha sido el concepto de autor más extendida en los sistemas continentales nacionales<sup>1202</sup>. Tal como lo expresa AMBOS

“(…) Dominio funcional del hecho no significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo. En estos casos el actuar conjunto consiste en que el ‘autor de escritorio’ planea, prepara y ordena la comisión del hecho y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida”<sup>1203</sup>.

En líneas generales, es autor no solo aquel que materialmente realiza la conducta punible, sino quien domina la comisión del delito en cuanto tiene la decisión de determinar

---

*criminal*, No 109, 2013, pp. 109-146. Al respecto también se pronuncia GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?*” *Óp. Cit.*, p. 443 y 444. Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 357.

<sup>1200</sup> Véase ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., Berlín: Gruyter, 2000; traducción al español: Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 6º ed., Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 122 y ss.

<sup>1201</sup> Véase WELZEL, H., “*Studien zum System des Strafrechts*”, *ZSTW*, 58, 1939, pp. 491-496.

<sup>1202</sup> Al respecto se puede consultar DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Joaquín Contreras José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. 6ª ed., Barcelona: Ed. Reppertor, 2002; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra: Ed. Aranzadi, pp. 229-2723, 2001; OLÁSULO ALONSO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata” en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, No 27, 2009, p. 85.

<sup>1203</sup> AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, *Óp. Cit.*, p. 233.

como será, si se comete el acto punible y la capacidad de producir el delito si no realiza su aporte, de tal manera que une el elemento subjetivo del conocimiento de las circunstancias, así como el objetivo, que son las situaciones que otorgan la dirección sobre la conducta<sup>1204</sup>. Esta ha sido la forma de diferenciar entre autoría y participación, el vínculo entre el acusado y los coautores del crimen<sup>1205</sup>.

Como lo manifestamos anteriormente, la jurisprudencia de la CPI<sup>1206</sup> ha considerado que conforme a los presupuestos del ECPI, se pueden deducir una serie de reglas que permiten diferenciar a los autores y partícipes, concluyendo que los segundos son intervinientes accesorios, y estableciendo que la forma como se debe interpretar el artículo 25 a es la luz de la teoría del dominio del hecho<sup>1207</sup>, teniendo en cuenta que la Empresa Criminal Conjunta es perfectamente aplicable, pero no sería correcto trasladarla a este caso<sup>1208</sup>.

Siguiendo las líneas planteadas por ROXIN<sup>1209</sup>, las formas de dominio del hecho pueden distinguirse:

- (i) El dominio de la acción, es decir quien de manera libre y espontanea realiza los elementos señalados en el delito será autor.
- (ii) El dominio de la voluntad, donde a diferencia del dominio de la acción, el autor versa sobre “casos en los que falta precisamente la acción ejecutiva del

---

<sup>1204</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 484. En el mismo sentido se pronuncia ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 307 y ss.; OLÁSOLO ALONSO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 132, Caracas, 2008, pp. 83-129. p. 97.

<sup>1205</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, pp. 256-269.

<sup>1206</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 332; CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos) No. ICC-01/04-01/07-717, par. 484-486.

<sup>1207</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 320, 328 y ss.

<sup>1208</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 358.

<sup>1209</sup> Vid. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* *Óp. Cit.*, p. 150 y ss.

sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora”<sup>1210</sup>. Este es el caso de la autoría mediata.

- (iii) En tercer lugar, está el dominio funcional (en *inglés co-perpetration based on the joint control over the crime*), donde ROXIN intenta explicar que cada interviniente domina el ocurrir total en cooperación con los demás, sin que tenga un dominio total del hecho. En este mecanismo se concentra en la coautoría, señalando como elementos de la misma el plan común, la cooperación en la etapa ejecutiva y la esencialidad de la contribución<sup>1211</sup>.

Tomado tres líneas de aplicación de esta teoría, podría emplearse en líneas generales a la autoría directa o inmediata unipersonal, cuando el sujeto ejecuta materialmente el acto, con sus propios medios y cumpliendo con todos los requisitos tanto objetivos como subjetivos, de tal manera que domina el hecho, realizándose el análisis de la culpabilidad<sup>1212</sup>. A su vez, puede tener cabida en la autoría mediata cuando realiza el hecho por conducto de otra persona, en la medida que el primero domina la voluntad del segundo, quien al final realiza la acción y no puede considerársele como responsable por el dominio que ejerce el titular, puesto que es éste quien “determina objetiva y positivamente el hecho”<sup>1213</sup>. Y, por último, alcanzaría a aplicarse en la coautoría por el dominio funcional, ya que en las mismas palabras de ROXIN

“(…) lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho (…) pero tampoco ejerce sólo un dominio parcial (…) sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de tal manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada de ellos en sus manos el destino del hecho global”<sup>1214</sup>.

Dentro de este dominio funcional, ROXIN impone como requisitos objetivos en primer lugar la ayuda realizada por un grupo plural de personas en la comisión de un delito corresponde a una ejecución colectiva, bajo la idea de una división de tareas, de tal manera

---

<sup>1210</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal Óp. Cit.*, p. 164. A su vez, ROXIN establece que dentro de esta figura se encuentran cuatro grupos: i) Dominio de la voluntad en virtud de coacción; ii) Dominio de la voluntad por error en el instrumento; iii) Dominio de la voluntad por utilización de inimputables y menores; y iv) Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas.

<sup>1211</sup> Vid. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal Óp. Cit.*, p. 306 y ss.

<sup>1212</sup> Vid. SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría, Óp. Cit.*, p. 187; Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en derecho penal, Óp. Cit.*, p. 639.

<sup>1213</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en derecho penal, Óp. Cit.*, p. 646.

<sup>1214</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Óp. Cit.*, p. 305 y ss.

que la unión de todas ellas se constituye en un todo que conforma la consumación de los elementos objetivos del crimen<sup>1215</sup>. Bajo esta idea, no se requiere la existencia de un plan o acuerdo previo a la comisión de los crímenes por parte de los intervinientes<sup>1216</sup>, en ese sentido el plan común, es “(...) un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva un dolo común (...) sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo”<sup>1217</sup>.

En segundo lugar, se encuentra la esencialidad de la contribución, puesto que debe darse una aportación de gran importancia para concretar el plan común, sin que el mismo deba estar necesariamente dirigido a la comisión de un delito<sup>1218</sup>. Serán considerados como importantes aquellas aportaciones trascendentales y coordinadas<sup>1219</sup> en la comisión del delito, y aquellas que no lo son, serán catalogadas como colaboración en el sentido del artículo 25.3 d) del ECPI<sup>1220</sup>, diferencia considerable con la Empresa Criminal Conjunta, donde solo se requiere que los aportes logren el alcance de significativos<sup>1221</sup>.

Por ello deberá verificarse muy bien el tipo de aporte que se realiza, puesto que como manifiesta WERLE “(...) en esos casos el coautor domina la comisión del crimen tanto como el autor individual o el autor mediato. Una aportación debe ser considerada esencial cuando sin ella el resto de coautores no pueden realizar el plan común”<sup>1222</sup>. Este ha

<sup>1215</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 83.

<sup>1216</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 345; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 1 de diciembre de 2014, No. ICC-01/04-01/06-3121, par. 445; *Caso The prosecutor c. Bahar Idriss Abu Garda*. Sentencia de 8 de febrero de 2010 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/05-02/09-243-Red. par. 180; *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 301; CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 399.

<sup>1217</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en derecho penal*, Óp. Cit., p. 653.

<sup>1218</sup> Cfr. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 496.

<sup>1219</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 343; y

<sup>1220</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 359., Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842, par. 996 y ss.

<sup>1221</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 502.

<sup>1222</sup> WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 359.

sido el punto más criticado, debido a que podría afectarse los principios de legalidad y seguridad jurídica<sup>1223</sup>.

Por último, se encuentra la contribución en la fase ejecutiva, donde para ROXIN el actuar en la etapa preparatoria no sería dominar el hecho, manifestando

“Tampoco cabe decir que quien sólo ha cooperado preparando pueda realmente dominar el curso del suceso. Si el otro obra libre y autónomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo”<sup>1224</sup>.

Bajo este entendido se estaría cumpliendo de manera más estricta con el principio de culpabilidad, ya que se puede atribuir responsabilidad a título de autoría a quienes cumplan con los elementos del crimen, principalmente lo que tiene que ver con aquellos que son intencionales, los cuales deben ser cumplidos por todos los intervinientes<sup>1225</sup>, resolviendo las dificultades que tuvo el TPIY en los casos del delito de genocidio<sup>1226</sup>.

En cuanto a los elementos subjetivos, se requiere que todos los ejecutores cumplan con los requisitos exigidos por el delito imputado, inclusive el dolo especial<sup>1227</sup>. En ese sentido, tal como lo expone OLÁSOLO

“(…) los coautores deberán llevar a cabo sus aportaciones: (i) con el fin de cometer los delitos acordados en el plan común, (ii) con la certeza virtual de que los delitos serán la consecuencia necesaria de la ejecución del plan común, o, al menos, (iii) con conocimiento de la probabilidad sustancial de que se cometan los delitos como consecuencia de la ejecución del plan común y aceptando dicha eventualidad”<sup>1228</sup>.

---

<sup>1223</sup> Vid. SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, *Óp. Cit.*, p. 196.

<sup>1224</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 323. Algunas críticas a este punto pueden encontrarse en GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en el derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid, 1966. p. 149 y ss.

<sup>1225</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 349; CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos) No. ICC-01/04-01/07-717, par. 527; CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/05-01/08-424. par. 351.

<sup>1226</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 362.

<sup>1227</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 349.

<sup>1228</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 508 y 509.

Bajo ese entendido, esta teoría ha sido aplicada a responsables de crímenes de lesa humanidad en Argentina y Perú<sup>1229</sup>, donde se encuentran, miembros de la cúpula militar argentina<sup>1230</sup>, el ex presidente del Perú Alberto Fujimori<sup>1231</sup> y el máximo líder de la organización guerrillera peruana Sendero Luminoso<sup>1232</sup>. Incluso, en Colombia, las autoridades judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en el *Caso Masacre de Machuca*<sup>1233</sup>, en procesos de parapolítica y en los procesos de justicia y paz, los cuales se analizarán posteriormente.

Lo relevante es poner de presente que para el modelo de criminalización que se llevará a cabo en la JEP, establecido en el Acto Legislativo 01 de 2017, y que se concentra en los máximos responsables de los delitos más graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado<sup>1234</sup>, se acogería esta teoría para la imputación, tal como lo ha enunciado la Corte Constitucional “(...) el régimen de responsabilidad de quienes tienen el dominio dentro de las estructuras organizadas de poder constituye un elemento decisivo dentro del sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición”<sup>1235</sup>.

Adicional a lo anterior, es importante manifestar que el ECPI no contiene expresamente una teoría sobre responsabilidad penal, de tal manera que puede cambiar su posición y aplicar nuevamente la teoría de la Empresa Criminal Conjunta enunciada en líneas generales anteriormente. Incluso, en el *Caso Lubanga* el Juez FULFORD<sup>1236</sup> y en el *Caso Ngudjolo Chui* la ex jueza VAN DEN WYNGAERT, critican detalladamente la aplicación que distintas Salas de la CPI han realizado de la teoría del dominio del hecho y

<sup>1229</sup> Véase SUÁREZ LÓPEZ, C. A. “Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de derecho comparado” en *Revista Análisis Internacional*, No. 2, 2010 (Cesada a Partir De 2015), pp. 9-54. Recuperado a partir de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/16>

<sup>1230</sup> Véase Tribunal Oral en lo Criminal 1 La Plata Federal. *La Fiscalía c. Miguel Osvaldo Etchecolatz*. Sentencia de primera instancia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>1231</sup> Véase Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Plena Penal Transitoria. *Caso La Fiscalía c. Alberto Fujimori Fujimori*. Sentencia de 30 de diciembre de 2009, Exp. AV 19-1-2001. p. 42 y ss.

<sup>1232</sup> Véase Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Penal Nacional. *Caso La Fiscalía c. Sendero Luminoso, Abimael Guzmán*. Sentencia de 13 de octubre de 2006, Exp. EA 560-03. p. 74 y ss.

<sup>1233</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra Nicolás Rodríguez Bautista “Alias Gabino”- “Masacre de Machuca”*, Sentencia de 7 de marzo de 2007. Rad. 23825.

<sup>1234</sup> Véase Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. par. 8.2.3.

<sup>1235</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par. 5.5.1.5.

<sup>1236</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842. Opinión separada del Juez Adrián Fulford.

ofrece una gran cantidad de argumentos en contra de su utilización, principalmente en lo que tiene que ver con la violación del principio de legalidad<sup>1237</sup>.

Conforme a esta óptica, se analizará en las siguientes líneas lo que tiene que ver con las modalidades de autoría y participación como manera de atribución de la responsabilidad en los crímenes internacionales, determinando la forma como se ha interpretado por parte de la jurisprudencia y doctrina, fundamentándose en la teoría del dominio sobre el hecho.

#### **4.2.3- Autoría mediata**

No siempre el autor necesita ejecutar el delito con sus propias manos o por su directa conducta, sino que, conservando el dominio del hecho, puede valerse de otro sujeto que actúa sin culpabilidad. Por ello la autoría mediata<sup>1238</sup> es la figura mediante la cual una persona utiliza a otra dolosamente como instrumento para la comisión o realización de un crimen. Para algunos autores como AMBOS supone que una persona ejecuta el delito y es utilizada como un instrumento por otra, denominada autor mediato, quien actúa indirectamente como cerebro u “hombre detrás”<sup>1239</sup>.

Bajo esta perspectiva se requieren tres presupuestos para su configuración. En primer lugar, la conducta del autor mediato, es decir una acción dolosa de instrumentalizar a otra persona, por medio de la cual domina la voluntad. En segundo lugar, la actuación del instrumento no puede ser dolosa o debe obrar sin culpa, puesto que si se encuentra esta calificación se estaría ante otro tipo de concepto como podría ser la instigación o coautoría, según el caso. Por último, debe presentarse el dominio del hecho en cabeza del autor mediato, bajo la idea del “dominio de voluntad”, al punto que el ejecutor es plenamente intercambiable.

Normalmente, ante la dificultad de demostrar la responsabilidad de los sujetos que forman parte de estructuras complejas (como pueden ser las Fuerzas Armadas, la Policía, o algunos grupos armados jerárquicamente organizados), donde los dirigentes se encuentran a

---

<sup>1237</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Mathieu Ngudjolo*. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. No. ICC-01/04-02/12-4. Opinión separada Jueza Christine Van den Wyngaert.

<sup>1238</sup> Sobre el concepto y los requisitos de la autoría mediata véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2010, pp. 577-578.

<sup>1239</sup> Vid. AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Temas del derecho penal internacional*, Trad. de Fernando del Cacho, Mónica Karayán y Oscar Julián Guerrero. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 5.

una gran distancia de los hechos que rodean el crimen<sup>1240</sup>, ROXIN ha desarrollado este concepto relacionado con el dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder, puesto que quienes se encuentran en posición de comando tienen como consecuencia de la autoridad de mando de la organización el control de la conducta del autor directo<sup>1241</sup>, posición que ha venido tenido gran acogida por la jurisprudencia<sup>1242</sup>, tal como se enunció previamente.

Ahora, nadie se encuentra obligado a ejecutar conductas punibles y cuando se trata de delitos internacionales el subordinado tiene el deber de no cumplirla, por ello esta figura en principio debería aplicarse a aparatos organizados ilegales o criminales. Por ello, en estos casos no debe existir ni error ni coacción en quien actúa como instrumento, pues de lo contrario se configuraría la autoría mediata bajo los criterios tradicionales. Bajo este entendido, se ha considerado que existe una excepción al principio de responsabilidad, otorgándose la posibilidad de imputar tanto al sujeto que ejecuta materialmente el crimen como autor inmediato, así como a quien emite la orden y todos los intermediarios de la misma, de acuerdo a la posición en la organización.

La figura de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados, requiere de tres requisitos para que se configure<sup>1243</sup>: i) el dominio de la organización por los autores mediatos, de tal manera que ostentan el control sobre los hechos realizados a través de la misma<sup>1244</sup>; ii) la fungibilidad de los ejecutores materiales, donde quien recibe la orden puede ser reemplazado o sustituido<sup>1245</sup>; iii) las organizaciones de poder deben ser verticales (excluyendo las bandas de delincuencia común por ejemplo) y

---

<sup>1240</sup> Véase AMBOS, K. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>1241</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 269 y ss.

<sup>1242</sup> Cfr. AMBOS, K. “El caso alemán”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá D.C.: Ed. Temis – GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, pp. 15-ss., 2008. p. 24.

<sup>1243</sup> Véase ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 267 y ss.

<sup>1244</sup> En palabras de ROXIN: “(...) es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no les corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad ‘común’”. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 272.

<sup>1245</sup> Para ROXIN “(...) Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás”. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 275.



actuar al margen de la ley<sup>1246</sup>, punto que ha sido cuestionado por otros autores<sup>1247</sup>, fundamentando su aplicabilidad restringida en casos de infracciones cometidas por los Estados (en dictaduras a modo de ejemplo) o criminalidad empresarial, donde en principio no sería aplicable.

Con fundamento en lo anterior, tal como lo expresa SUÁREZ SÁNCHEZ

“(…) No sólo responde como autor mediano el superior jerárquico que da la orden en el seno de la estructura de poder organizada, sino todos los intermediarios de la misma, siempre y cuando tengan capacidad para imponer la decisión ante los subordinados, de acuerdo con la posición que ostenten dentro de la jerarquía de la organización”<sup>1248</sup>.

Es indiscutible que esta teoría ha permitido resolver las dificultades que se ven enmarcadas en la imputación de delitos cometidos por los autores que pertenecen a organizaciones criminales, ha tenido sus contradictores, quienes han considerado que estas infracciones deben ser reprochadas mediante otros conceptos como pueden ser la coautoría<sup>1249</sup> o la participación a título de inducción<sup>1250</sup> o complicidad<sup>1251</sup>. No obstante, la jurisprudencia internacional ha acogido mayoritariamente la teoría expuesta por ROXIN, tal como se verá a continuación.

#### **4.2.3.1.- La Autoría mediata en el Derecho Penal Internacional**

Los Estatutos de los Tribunales Ad Hoc hacen referencia general a “cometer” un delito, en lo que tiene que ver con el ECPI se consagra en el artículo 25.3. a) la posibilidad de ejecutar un crimen “(…) por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

---

<sup>1246</sup> Al respecto, ROXIN expresa “(…) De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás”. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 277.

<sup>1247</sup> Cfr. AMBOS, K., *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, *Óp. Cit.*, p. 234 y ss.

<sup>1248</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, *Óp. Cit.*, p. 338 y 339.

<sup>1249</sup> Véase JESCHECK, H. y WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal. Parte general*, Miguel Olmedo Cardenete (Trad.), Granada: Ed. Comares, 2002. p. 772 y ss.; JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.), Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 784 y ss.

<sup>1250</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en derecho penal*, *Óp. Cit.*, p. 189 y ss.

<sup>1251</sup> Véase HERNÁNDEZ PLASENCIA, U. *La autoría mediata en derecho penal*, Granada: Ed. Comares, 1996. p. 271 y ss.

Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia de la CPI cuando se está frente a organizaciones criminales con estructura piramidal, ha considerado al autor mediato como aquel sujeto que sin ejecutar física o personalmente los elementos objetivos del crimen, tiene un control sobre la realización del delito porque emplea al autor inmediato como herramienta sometida al manejo de su voluntad, y posee la decisión si el punible se realiza y como se lleva a cabo, por su condición superior<sup>1252</sup>.

Esta figura fue utilizada por primera vez en el *Caso Bemba*<sup>1253</sup> y desarrollada con mayor amplitud y formulando importantes aportes en el *Caso Katanga*<sup>1254</sup>, pero ya en el caso concreto de control de los aparatos organizados de poder, tomando en cuenta que ha sido empleada en legislaciones nacionales<sup>1255</sup>, aunque ya había sido empleado con anterioridad por la jurisprudencia internacional del TPIY en el *Caso Stakic*<sup>1256</sup> y *Caso Brdanin*<sup>1257</sup>, así como por el TPIR en el *Caso Zigiranyirazo*<sup>1258</sup>, con la teoría de la Empresa Criminal Conjunta<sup>1259</sup>.

La CPI ha manifestado que cometer un crimen “por conducto de otro” vislumbra que el autor es quien tiene el control exclusivo sobre el crimen, y lo ejecuta utilizando a otra persona que lleva físicamente a cabo todos los elementos materiales del delito<sup>1260</sup>. En el *Caso Lubanga*, consideró que son autores mediatos quienes “(...) controlan la voluntad

---

<sup>1252</sup> Vid. OLÁSOLO ALONSO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional”, *Óp. Cit.*, p. 97.; Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 362.

<sup>1253</sup> Véase CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo*, Pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10 de junio de 2008 (Orden de arresto), No. ICC-01/05-01/08-14. par. 53-55 y 69-84.

<sup>1254</sup> Véase CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 490.

<sup>1255</sup> La CPI hace referencia a España, Chile, Argentina y Alemania. Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 504.

<sup>1256</sup> Véase TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Stakic*, sentencia de 31 de julio de 2003, No. IT-97-24-T.

<sup>1257</sup> Véase TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A.

<sup>1258</sup> Véase TPIR. *Caso The prosecutor c. Zigiranyirazo*. Sentencia de 18 de diciembre de 2008. No. ICTR-01-73-T.

<sup>1259</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 363.

<sup>1260</sup> Cfr. CPI, *Caso The Prosecutor c. Dominic Ongwen*. Sentencia del 23 de marzo de 2016 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/04-01/15-422-Red. par. 40.

de aquellos que llevan a cabo los elementos objetivos del crimen”<sup>1261</sup>, pudiendo el agente que realiza el delito a su vez ser penalmente responsable o no<sup>1262</sup>, lo que concluye la independencia de la punibilidad<sup>1263</sup>.

Justamente este punto es importante, porque de acuerdo a la previsión normativa del ECPI y la interpretación otorgada por la CPI, pueden coexistir el autor directo y el autor mediato con respecto a un mismo hecho, lo que en los aparatos criminales organizados jerárquicamente es muy frecuente, por ello se ha hecho necesario acudir a teorías como aquella denominada autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en el marco de aparatos de poder organizados<sup>1264</sup>, la cual ha sido considerada como un medio para la elaboración jurídica del pasado<sup>1265</sup> y que fue analizada precedentemente.

La CPI en la orden de arresto contra Muammar Gaddafi, su hijo Saif Al-Islam Gaddafi y el jefe de la inteligencia militar libia Abdullah Al-Senussi, enunció que

“Para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito a título de autor mediato conforme al artículo 25(3)(a) del Estatuto (...) la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes requisitos comunes: (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de una aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos deber estar asegurada a través del cumplimiento casi automático con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata”<sup>1266</sup>.

Conforme a lo anterior, los elementos objetivos para poderse aplicar la autoría mediata conforme a la jurisprudencia internacional son en primer lugar el control sobre la organización (niveles de jerarquía, incluso a superiores intermedios<sup>1267</sup>) o voluntad de

---

<sup>1261</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 332.

<sup>1262</sup> Cfr. *Ibíd.* par. 339.

<sup>1263</sup> Cfr. CPI. *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 1 de diciembre de 2014, No. ICC-01/04-01/06-3121, par. 465.

<sup>1264</sup> Vid. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 242 y ss.

<sup>1265</sup> En ese sentido se pronuncia MUÑOZ CONDE, F., “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 259-295. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013, p. 286 y ss.

<sup>1266</sup> CPI, *Caso The prosecutor c. Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi*, sentencia de 27 de junio de 2011 (Orden de arresto), No. ICC-01/11-01/11-1, par. 69.

<sup>1267</sup> Cfr. *Ibíd.* par. 84-90.

quienes ejecutan el crimen<sup>1268</sup> y determina que el sujeto pueda responder con independencia a lo que suceda con el ejecutor material, aunque la solución otorgada por la CPI ha sido que ambos son responsables<sup>1269</sup>. En segundo lugar, se hace necesario que exista una relación jerárquica entre superiores y subordinados, es decir, un poder de mando que determina autoridad para ejecutar los crímenes y deberá ser valorado normativamente<sup>1270</sup>.

Por último, la ejecución de los crímenes está asegurada casi en su totalidad por un cumplimiento automático de las órdenes<sup>1271</sup>, así que la inexistencia o error de un subordinado permite su reemplazo (fungibilidad en palabras de ROXIN) y no compromete la ejecución del cometido, incluso el superior desconoce o ignora quien cumplirá la orden, puesto que el mismo la realiza casi automáticamente<sup>1272</sup>, al punto que aunque el ejecutor material no sea penalmente responsable (como podrían ser los menores de 18 años), ello no exime el reproche en el caso del autor mediato<sup>1273</sup>.

Adicionalmente, la CPI en el *Caso Katanga y Ngudjolo* enunció que conforme al principio de legalidad, los elementos objetivos del delito deben ser ejecutados por el sujeto que es utilizado como instrumento. A su vez, se requiere que se cumplan los requisitos específicos establecidos para cada crimen por parte del autor mediato, la inobservancia de ello provocaría la imputación bajo otras modalidades como la participación<sup>1274</sup>.

---

<sup>1268</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 496-500.

<sup>1269</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 1 de diciembre de 2014, No. ICC-01/04-01/06-3121, par. 465.

<sup>1270</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1411-1412. También se encuentran referencias en CPI, *Caso The Prosecutor c. Dominic Ongwen*. Sentencia del 23 de marzo de 2016 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/04-01/15-422-Red. par. 42; y CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 313.

<sup>1271</sup> Vid. ROXIN, K. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 272.

<sup>1272</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1408. También se encuentra referencia en CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 313 y ss.; y CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 297.

<sup>1273</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 218.

<sup>1274</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 179.

Por su parte, los elementos subjetivos que se deben dar en la autoría mediata son el conocimiento e intención, y cualquier circunstancia específica (incluido el dolo especial) que corresponda al crimen, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 del ECPI<sup>1275</sup>. A su vez, se requiere que el sujeto tenga conciencia de las situaciones que le permiten ejercer control, es decir, su posición dentro de la organización y la naturaleza de la misma<sup>1276</sup>.

Esta figura también ha tenido puntos de complicación al momento de su aplicación. En primer lugar, la CPI solo ha aplicado exclusivamente la autoría mediata en el *Caso Ongwen*, puesto que en los demás se ha imputado responsabilidad conjuntamente con otras figuras, principalmente con la coautoría, situación que no ha permitido desarrollarla con mayor profundidad.

Adicionalmente, como se expresó anteriormente, el sujeto que adelanta los elementos materiales o físicos del delito puede ser o no responsable, esto determina dos clases de autoría mediata, una en la que el control es absoluto, caso en el cual el ejecutor no tendrá voluntad; y otro donde el control es relativo, donde la eventualidad de aplicar la autoría mediata se complicaría y parecería que la forma más adecuada para imputar en este caso serían otras figuras como la inducción, la emisión de órdenes o la responsabilidad del superior<sup>1277</sup>. Es por esta razón que la CPI debe determinar con mayor claridad las condiciones y requisitos para establecer en que casos se puede aplicar la autoría mediata.

#### **4.2.3.2- La Autoría mediata en el Derecho Colombiano**

En lo que tiene que ver con la autoría mediata, el artículo 29 del Código Penal enuncia que “Es autor quien realice la conducta punible (...) utilizando a otro como

---

<sup>1275</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1413. También se encuentra referencia en CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 333; y CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 411.

<sup>1276</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1413 y 1414. También se encuentra referencia en CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 292.; y CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 297. CPI, *Caso The prosecutor c. Bahar Idriss Abu Garda*. Sentencia de 8 de febrero de 2010 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/05-02/09-243-Red. par. 160 y 161.

<sup>1277</sup> Vid. BANTEKAS, I. *International Criminal Law. Óp. Cit.*, p. 60.

instrumento”, y el artículo 30 del Código Penal Militar afirma “(...) Es autor quien realice la conducta punible (...) utilizando a otro como instrumento”, requiriéndose tres personas, el instrumento, el sujeto de atrás y la víctima. Esta forma de imputación ha sido desarrollada por la jurisprudencia, entendiéndola que se fundamenta en el control que realiza el autor sobre la voluntad del sujeto que efectúa los elementos materiales del delito<sup>1278</sup>, quien en principio no sería responsable, porque actúa por error o por coacción<sup>1279</sup>.

No obstante, el derecho interno guarda silencio en lo relacionado con la responsabilidad de los dirigentes de las organizaciones criminales, por los hechos que realicen los miembros de la estructura en obediencia de instrucciones cometidas por aquéllos, limitándose a castigar las asociaciones ilícitas en el delito de concierto para delinquir<sup>1280</sup>.

Como en estos casos se hace necesario sancionar a los miembros del grupo por tener el control o dirección de la ejecución de los crímenes, se ha acudido a la figura de la autoría mediata por dominio de voluntad en estructuras organizadas de poder, donde la Corte Suprema de Justicia ha permitido la aplicación a los casos de potestad sobre la organización<sup>1281</sup>, tomando nota de los pronunciamientos de la jurisprudencia internacional, para aquellos asuntos relacionados con crímenes internacionales cometidos por los grupos guerrilleros<sup>1282</sup> y paramilitares<sup>1283</sup>, manifestando que en

“(...) materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de ‘la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder’, ‘autoría

---

<sup>1278</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador de la República Álvaro Alfonso García Romero*, Sentencia de 23 de febrero de 2010. Rad. 32805.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex General de la República Alfonso Plazas Vega*, Sentencia de 16 de diciembre de 2015. Rad. 38957.

<sup>1279</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 2 de febrero de 2009, Rad. 29.418.

<sup>1280</sup> El artículo 340 del Código Penal expresa “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta (...)”

<sup>1281</sup> Incluso ha considerado que la aplicación de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder no afecta el derecho a la verdad de las víctimas. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 7 de noviembre de 2012. Rad. 39472.

<sup>1282</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso Yamid Amat*, Sentencia de 8 de agosto de 2009. Rad. 25974

<sup>1283</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador de la República Álvaro Alfonso García Romero*, Sentencia de 23 de febrero de 2010. Rad. 32805; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex director del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS Jorge Noguera Cotes*, Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 32000.

mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable’ o ‘autor detrás del autor’.”<sup>1284</sup>.

Fundamentado en lo anterior, se ha considerado como requisitos de esta figura: i) la pertenencia del imputado a una estructura con una pluralidad de personas; ii) que los autores materiales de las infracciones investigadas hagan parte de la misma organización en condición de subordinados; iii) una jerarquía de poder comprobable al interior de la estructura; iv) la repartición de labores dentro de un proyecto criminal común; y v) el conjunto de ayudas a ese plan conjunto, que puede evidenciarse mediante ordenes descendentes<sup>1285</sup>. Ha puntualizado esta Corporación que verificados estos requisitos

“(…) la imputación a los líderes de la organización criminal, según lo ha entendido la Sala, se hace en condición de autores mediatos, pues «toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho», aunque también ha admitido la atribución de delitos cometidos por subordinados a los líderes de organizaciones estructuradas a título de coautores materiales impropios”<sup>1286</sup>.

Conforme lo expuesto, fue en el caso contra el ex senador Ricardo Elcure Chacón donde por primera vez la Corte Suprema de Justicia emplea los términos “hombre de atrás” y “aparatos organizados de poder” para analizar los delitos cometidos por grupos paramilitares<sup>1287</sup>, posición reiterada en el caso contra el ex gobernador del Departamento de Sucre, Salvador Arana Sus<sup>1288</sup>. Infortunadamente, en estos dos asuntos no se imputó por autoría mediata, sino por autoría material impropia para el ex senador Ricardo Elcure Chacón y por instigación para el gobernador Salvador Arana Sus<sup>1289</sup>.

Por ello se considera que la primera sentencia donde se emplea el concepto de autoría mediata en estructuras organizadas de poder para imponer una sanción fue el

---

<sup>1284</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Rad. 29221.

<sup>1285</sup> Vid. ESTUPIÑÁN SILVA, R., *Óp. Cit.*, p. 184 y 185. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 22 de mayo de 2013. Rad. 40830 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 5 de diciembre de 2018. Rad. 50236. par. 2.2.3.2.

<sup>1286</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de marzo de 2019. Rad. 40098. p. 40. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Rad. 44921.

<sup>1287</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador de la República Ricardo Elcure Chacón*, Sentencia de 16 de septiembre de 2009. Rad. 29640.

<sup>1288</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex gobernador del Departamento de Sucre, Salvador Arana Sus*, Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Rad. 32672.

<sup>1289</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 275.

adelantado contra el senador Álvaro Alfonso García Romero, quien se consideró como co-fundador del grupo paramilitar “Frente Héroes de los Montes de María”, responsable de la *masacre de Macayepo*, comprobándose que era una estructura organizada de poder, con una jerarquía vertical, que operaba en una zona al norte de Colombia y cuyo proceder estaba diseñado por los comandantes, quienes dictaban instrucciones a los subordinados<sup>1290</sup>. Para el caso del procesado (aunque al final es condenado como coautor mediato, figura que se analizará en líneas posteriores), tal como lo enuncia OLÁSOLO

“(…) la Sala de Casación Penal basó su condena a García Romero como autor mediato en los siguientes argumentos: (i) El imputado tenía el control sobre el grupo paramilitar, que compartía con los más altos comandantes paramilitares del mismo; (ii) La masacre fue una actividad regular del grupo paramilitar que García Romero cofundó, apoyó financiera y políticamente, y asesoró; y (iii) García Romero contribuyó al ‘éxito’ de la operación al conseguir que los batallones contra-guerrilla de la I Brigada de Infantería Naval desplegados en la zona en la que se produjeron los hechos fueran enviados a otras áreas por el Comandante al mando la I Brigada, para así evitar cualquier posible interferencia con el accionar del grupo paramilitar”<sup>1291</sup>.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en el asunto adelantado contra el coronel (r) Alfonso Plazas Vega, quien fue condenado inicialmente como autor mediato en estructuras organizadas de poder por el delito de desaparición forzada en la retoma del Palacio de Justicia en el año 1985, consideró que no se encontró suficientemente probado la existencia de instrucciones dirigidas a cometer el crimen, de tal manera que deberá probarse con certeza la orden, y se aclaró que

“(…) Es posible que dentro de la fuerza pública un superior imparta una orden ilegal que sea ejecutada por un subordinado. En este sentido, su acatamiento no significa que la fuerza pública en general se haya puesto al margen de la ley o que, por esa razón, coexistan dos organizaciones: una que actúa legalmente y otra por fuera del orden jurídico, que aprovecha las jerarquías, personas y competencias de aquella para cometer delitos”<sup>1292</sup>.

---

<sup>1290</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador de la República Álvaro Alfonso García Romero*, Sentencia de 23 de febrero de 2010. Rad. 32805. Posición reiterada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 8 de febrero de 2012. Rad. 35227.

<sup>1291</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 277 y 278.

<sup>1292</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 5 de diciembre de 2018. Rad. 50236.



Posteriormente, se ha venido aplicando en los procesos de Justicia y Paz<sup>1293</sup> como en los casos del comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, Jorge Iván Laverde Zapata “alias el Iguano”<sup>1294</sup>, del comandante del Bloque Elmer Cárdenas, Fredy Rendón Herrera, “alias El Alemán”<sup>1295</sup>, del comandante del Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte, Edgar Ignacio Fierro Flores, “alias Don Antonio”<sup>1296</sup>, donde la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado en mejor manera este concepto, y consolidando como requisitos

“(…) i) La existencia de una organización jerarquizada; ii) La posición de mando o jerarquía que ostenta el agente al interior de aquélla. iii) La comisión de un delito perpetrado materialmente por integrantes de la misma, cuya ejecución es ordenada desde la comandancia y desciende a través de la cadena de mando, o hace parte del ideario delictivo de la estructura. iv) Que el agente conozca la orden impartida o la política criminal en cuyo marco se produce el delito, y quiera su realización”<sup>1297</sup>.

Finalmente, en un pronunciamiento reciente, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que

“(…) la autoría mediata en aparatos organizados de poder supone, entre otros: (i) una estructura criminal organizada con vocación de permanencia, (ii) el vínculo con poder de mando del autor mediato sobre la organización (el dominio de la voluntad), y la (iii) actuación responsable del ejecutor fungible o intercambiable”<sup>1298</sup>.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia colombiana ha venido desarrollando de manera paulatina lo relativo a la autoría mediata en estructuras organizadas de poder, determinando los elementos constitutivos de la misma, permitiéndose su aplicación en

---

<sup>1293</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 26 de septiembre de 2012. Rad. 38250; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 7 de noviembre de 2012. Rad. 39472; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 22 de mayo de 2013. Rad. 40830; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 17 de junio de 2015. Rad. 43195; y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Rad. 44921.

<sup>1294</sup> Véase Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Auto de 7 de diciembre de 2009 (control de legalidad). Rad. 2006 80281. par. 4.4.1.

<sup>1295</sup> Véase Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 16 de diciembre de 2011. Rad. 110016000253200782701. par. 394 y ss.

<sup>1296</sup> Véase Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 7 de diciembre de 2011. Rad. 110016000253-200681366. par. 95 y ss.

<sup>1297</sup> Corte Suprema de Justicia, *Caso contra el coronel (r) Alfonso Plazas Vega*, Sala de Casación Penal, Sentencia de 16 de diciembre de 2015. Rad. 38957. par. 13.4.

<sup>1298</sup> Corte Suprema de Justicia, *Caso contra el General Jesús Armando Arias Cabrales*, Sala de Casación Penal, Sentencia de 24 de septiembre de 2019. Rad. 46382.

aquellos supuestos en los que los crímenes son ejecutados como consecuencia de disposiciones directas emitidas por los dirigentes investigados, así como en aquellos casos en que los delitos son el resultado de la ejecución de orientaciones en las que se deja un amplio margen de autonomía a los autores materiales<sup>1299</sup>.

Tomando en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la JEP establecen que para la calificación jurídica se deberá tener en cuenta las normas del Código Penal y de Derecho Penal Internacional, la posibilidad de aplicar este concepto es totalmente viable en aquellos procesos que sean analizados en el marco de la justicia transicional, más aun cuando se habla de priorizar a los “máximos responsables”, siempre y cuando se trate de un actuar doloso<sup>1300</sup>, puesto que cuando se presenta una omisión o culpa del superior, se estaría en presencia de la figura de responsabilidad del superior que se analizará en el siguiente capítulo.

#### **4.2.4.- Coautoría directa**

Otra manera de comisión de los delitos es la coautoría, forma de intervención criminal ampliamente conocida en los sistemas jurídicos neo-románicos, aunque recientemente ha sido incorporada en la jurisprudencia internacional, donde se presentan varias personas en calidad de responsables, en el que actúan conjuntamente y cada uno realiza un aporte significativo, con un dolo común en la ejecución del delito, que indica la existencia de un plan común, puesto que se denota una división de trabajo. Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “(...) la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positiva el sí y el cómo del hecho”<sup>1301</sup>.

Para que esta figura se configure se requiere cuando menos dos personas y que el delito se cometa conjuntamente. En este sentido, algunos autores como AMBOS<sup>1302</sup> han entendido que la coautoría se caracteriza por una división funcional de las acciones punibles entre los diferentes individuos, que habitualmente están interrelacionados por un

---

<sup>1299</sup> Vid. OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 292.

<sup>1300</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par. 5.5.1.9.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 5 de diciembre de 2018. Rad. 50236. par. 2.2.3.5

<sup>1301</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en derecho penal*, *Óp. Cit.*, p. 677.

<sup>1302</sup> Cfr. AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Óp. Cit.*, p. 9.

plan común o acuerdo, por ello ha sido catalogada por la jurisprudencia internacional como coautoría directa por dominio funcional del hecho (*co-perpetration based on the joint control over the crime*)<sup>1303</sup>. Todo coautor realiza cierta tarea que contribuye a la comisión del delito, sin la cual la comisión no sería posible. El plan común o acuerdo es la base de una aportación recíproca de contribuciones que supone que todos los coautores son responsables del delito en su integridad.

En este caso, no se requiere la existencia de un grupo u organización criminal, siendo suficiente la unión de esfuerzos para la comisión del hecho punible. Conforme a lo anterior,

“(…) el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto”<sup>1304</sup>.

Mediante lo enunciado, se encontraría un vínculo subjetivo, el cual es la decisión voluntaria y concertada de dos o más personas en su condición de autores de un crimen (que podría ser ejecutado por un sujeto), sin que exista un requerimiento de la norma como sucede en el concierto para delinquir. Esta modalidad de imputación requiere un acuerdo o plan común, el cual implica que los coautores tengan pleno conocimiento del aporte que cada uno realiza en la ejecución del delito<sup>1305</sup>, de tal manera que su inexistencia impediría la estructuración de la figura, tal como lo enuncia ROXIN “(…) si de dos intervinientes únicamente uno conoce la interrelación de las partes del hecho, el otro, aun cuando sea autor por su parte, obra entonces a ciegas y el conocedor es autor mediato”<sup>1306</sup>. El acuerdo no debe darse de manera expresa<sup>1307</sup>, y presentarse hasta antes de la consumación del crimen, lo que permite aplicar con mayor claridad en el caso de delitos permanentes<sup>1308</sup>.

---

<sup>1303</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842; CPI, *Caso The prosecutor c. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, sentencia de 7 de marzo de 2011, No. ICC-02/05-03/09-121.

<sup>1304</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999. p. 501.

<sup>1305</sup> Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor*, Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2001, p. 135.

<sup>1306</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 314.

<sup>1307</sup> Véase JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá), Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994. pp. 77 y ss.

<sup>1308</sup> Véase SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, *Óp. Cit.*, p. 356-370.

Por su parte, la pluralidad de sujetos se constituye en un elemento objetivo, consistente en el codominio funcional del hecho, significando que el poder de control para iniciar o proseguir la acción típica está conjuntamente en cabeza de todos los intervinientes, de tal manera que el hecho solo puede realizarse conjuntamente. A su vez, ninguno de los coautores tiene en sus manos el dominio pleno y total del hecho, lo que lleva a concluir que el aporte de cada uno resulta importante y relevante (lo que permitiría diferenciar esta figura de la complicidad)<sup>1309</sup>, pues tal como lo enuncia ROXIN será “(...) coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”<sup>1310</sup>.

Ahora, en cuanto a la división de trabajo, consiste en la acumulación de esfuerzos y contribuciones individuales, que se complementan para la realización del tipo<sup>1311</sup>. Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO expresa

“(...) el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales, cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos. Es decir, que el acuerdo con división del trabajo es para la coautoría lo mismo que la existencia de coacción, error, etc., para la autoría mediata: en ésta esos criterios fundamentaban la posibilidad estructural de realizar una acción a través de otro, en la coautoría, el acuerdo con división del trabajo o suma de esfuerzos explica la posibilidad estructural de realizar una acción entre varios”<sup>1312</sup>.

En las siguientes líneas, se procederá a analizar estos requisitos en las decisiones de la jurisprudencia Internacional, los cuales pueden permitir y determinar respuestas adecuadas frente a la macrocriminalidad, en cuanto a la aplicación de la coautoría directa como forma de imputación de crímenes internacionales, y poderla distinguir de otras figuras.

---

<sup>1309</sup> Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal*, Medellín: Editorial Comlibros, 2009. p. 902 y SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, *Óp. Cit.*, p. 339.

<sup>1310</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 308.

<sup>1311</sup> Vid. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, A. “Lección 16: Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 281.

<sup>1312</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en derecho penal*, *Óp. Cit.*, p. 656.

#### 4.2.4.1- La Coautoría directa en el Derecho Penal Internacional

El ECPI en el artículo 25.3. a) contempla también la posibilidad que se cometa un delito de manera colectiva, es decir, junto con otros sujetos, lo que se ha denominado coautoría directa (diferente a la coautoría mediata que será explicada en el aparte siguiente de este escrito). Para este caso, mientras los Tribunales Ad Hoc aplicaron la teoría de la Empresa Criminal Conjunta<sup>1313</sup>, la CPI ha interpretado la norma conforme al concepto del dominio del hecho y adiciona el componente de la contribución en la realización del delito. Por esta razón, ha descartado el análisis únicamente del elemento de intencionalidad compartida y sin una verificación del elemento objetivo<sup>1314</sup>. Tal como expresa OLÁSOLO

“(…) la coautoría basada en el dominio funcional, cuando un delito es cometido por una pluralidad de personas, sólo responden como responsables principales a título de coautores aquellas personas que realizan una contribución que es esencial para la ejecución del plan común y la consiguiente realización de los elementos objetivos del delito”<sup>1315</sup>.

En el *Caso Lubanga* se han establecido los requisitos de la coautoría, los cuales se enunciaron a grandes rasgos en líneas previas, y que permiten diferenciarlo con otros conceptos. En primer lugar está el plan o concierto común, previo a la comisión del delito, que ha sido interpretado más allá de una naturaleza exclusivamente criminal, puesto que su ejecución puede conllevar un riesgo inmerso de que se cometan delitos<sup>1316</sup>. Para algunos autores esta interpretación ha sido muy amplia y le da un alcance muy expansivo a la figura<sup>1317</sup>. Este aspecto ha sido reafirmado en pronunciamientos más recientes de la CPI como en el *Caso Bemba*<sup>1318</sup> o el *Caso Al Mahdi*<sup>1319</sup>, aunque sin explicitar mayores detalles a los ya enunciados en sentencias previas.

---

<sup>1313</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Stakic*, sentencia de 22 de marzo de 2006, No. IT-97-24-A, par. 59-62.

<sup>1314</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 329; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842, par. 926-928.

<sup>1315</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 493.

<sup>1316</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 344.; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 1 de diciembre de 2014, No. ICC-01/04-01/06-3121, par. 462.

<sup>1317</sup> Vid. MACULAN, E. “Las formas de intervención punibles: autoría y participación” en *Derecho penal internacional* Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 37-49, Madrid: Ed. DYKINSON, 2016. p. 218.

<sup>1318</sup> Véase CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 66 y 67.

En segundo lugar, debe darse una contribución sustancial en la realización de los elementos objetivos del crimen, cuya inexistencia provocaría la imposibilidad de comisión del mismo<sup>1320</sup>, diferencia sustancial con la empresa criminal conjunta, donde se impone un estándar mínimo en el aporte denominado “significativo”<sup>1321</sup>. Este punto también ha sido interpretado de manera muy amplia, vinculándose al plan común más no al delito mismo, así como también a la fase preparatoria del delito, lo que para algunos autores podría vulnerar los principios de culpabilidad y legalidad<sup>1322</sup>, puesto que se extiende hasta etapas tan tempranas como la planificación, o a las finales de ejecución<sup>1323</sup>.

En cuanto a los elementos subjetivos para aplicar la figura de la coautoría, el sujeto debe cumplir con dichos requisitos de cada delito<sup>1324</sup>, es decir con la intencionalidad propia del dolo, excluyéndose el dolo eventual<sup>1325</sup>, conjuntamente con el conocimiento que se está contribuyendo de manera esencial a la ejecución del mismo en la realización de un plan y la observancia de los elementos objetivos de la conducta punible<sup>1326</sup>. Aunque la CPI ha

---

<sup>1319</sup> Véase CPI, *Caso The Prosecutor c. Ahmed Al Faqi Al Mahdi*. Sentencia de 27 de septiembre de 2016. No. ICC-01/12-01/15-171. par. 19.

<sup>1320</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 346 y 347; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842, (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), par. 347; CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 308.

<sup>1321</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A. par. 430; TPIY. *Caso The prosecutor c. Krajisnik*. Sentencia de 17 de marzo de 2009. No. IT-00-39-A. par. 215; y TPIY, *Caso The Prosecutor c. Popović et al*, sentencia de 10 de junio de 2010, No. IT-05-88-T, par. 1027.

<sup>1322</sup> Vid. MACULAN, E. “Las formas de intervención punibles: autoría y participación” *Óp. Cit.*, pp. 37-49, Madrid: Ed. DYKINSON, 2016. p. 219.; Vid. GIL GIL, A., “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” *Óp. Cit.*, p. 521.

<sup>1323</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 69. La CPI se ha pronunciado en el mismo sentido también en *Caso The Prosecutor c. Ahmed Al Faqi Al Mahdi*. Sentencia de 27 de septiembre de 2016. No. ICC-01/12-01/15-171. par. 19.

<sup>1324</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 70; CPI, *Caso The Prosecutor c. Ahmed Al Faqi Al Mahdi*. Sentencia de 27 de septiembre de 2016. No. ICC-01/12-01/15-171. par. 19; y CPI, *Caso The prosecutor c. Bahar Idriss Abu Garda*. Sentencia de 8 de febrero de 2010 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/05-02/09-243-Red. par. 160 y 161; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 359.

<sup>1325</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 351-355; CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842, (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), par. 1011.

<sup>1326</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 70.

solicitado adicionalmente que el coautor ejerza un control conjunto sobre el crimen<sup>1327</sup>, este aspecto es propio de la autoría mediata y no tiene sustento normativo, posición que ha sido cuestionada por la doctrina<sup>1328</sup> y no ha vuelto a ser mencionado en casos recientes<sup>1329</sup>.

La principal crítica y confusión que ha generado esta figura es la forma de probar la contribución del individuo en el plan común y en la ejecución del crimen, situación que genera una mayor labor para el Fiscal, con el propósito de determinar esta circunstancia. No obstante, esta situación es relevante y ante posibilidades de difícil concreción de todos los elementos, podría acudirse a otras modalidades de imputación como podría ser la participación.

#### **4.2.4.2- La Coautoría directa en el Derecho Colombiano**

En el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con el artículo 29.2 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal son “(...) coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”. En sentido similar se pronuncia el Código Penal Militar, enunciando que “(...) son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”<sup>1330</sup>. A propósito, la Corte Suprema de Justicia expresó

“(…) Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo”<sup>1331</sup>.

La misma Corporación establece como características de la coautoría la pluralidad de autores, el plan común, la división del trabajo y la contribución relevante en fase

---

<sup>1327</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 367; CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos), No. ICC-01/05-01/08-424, par. 371.

<sup>1328</sup> Vid. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, *Óp. Cit.* p. 154.

<sup>1329</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989, par. 70 y 71.

<sup>1330</sup> Artículo 30 de la Ley 1407 de 2010 – Código Penal Militar.

<sup>1331</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra Nicolás Rodríguez Bautista “Alias Gabino”- “Masacre de Machuca”*, Sentencia de 7 de marzo de 2007. Rad. 23825. Posición reiterada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso “Masacre de Mapiripán”*, Sentencia de 17 de noviembre de 2011. Rad. 34864.

ejecutiva, acogiendo también la teoría del dominio funcional del hecho<sup>1332</sup>. Posición que ha sido reiterada en situaciones de criminalidad organizada<sup>1333</sup>, en casos contra grupos ilegales, el paramilitarismo y funcionarios públicos relacionados con esta actividad ilegal, por ejemplo en el *Caso contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus*<sup>1334</sup>.

En lo que tiene que ver con la voluntad común, consistente en el elemento subjetivo de esta modalidad de imputación, la cual se acredita con la pertenencia en la organización y cuyo contenido debe ser criminal, donde planifiquen la comisión del ilícito y decidan su perpetración, aunque la norma no enuncia expresamente que deba hacer referencia al contenido típico que se va a endilgar, de tal manera que mediante un análisis de los hechos y del contexto en que se llevaron a cabo se puede concluir la existencia del acuerdo<sup>1335</sup>. Al respecto señaló la Corte Suprema de Justicia que el mutuo acuerdo, de manera unánime en la doctrina es

“(…) la conexión subjetiva entre los diferentes intervinientes en una conducta y que persigue como fin último, como objetivo común, la realización del hecho. Para la consecución conjunta de este objetivo, resulta evidente que los diferentes intervinientes deberán coordinar, en mayor o menor medida, sus aportaciones al hecho”<sup>1336</sup>.

A su vez, se ha admitido que se pueda calificar como coautores a quienes no han ejecutado materialmente el crimen, abriendo paso a la “coautoría impropia”<sup>1337</sup>, concepto inexacto<sup>1338</sup> y en el que “(…) hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido”<sup>1339</sup>, como en el *Caso Machuca*, enunciando

---

<sup>1332</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de febrero de 2009. Rad. 29418.

<sup>1333</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 8 de marzo de 2001. Rad. 14851.

<sup>1334</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus*, Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Rad. 32672

<sup>1335</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador Álvaro Araujo Castro*, Sentencia de 12 de septiembre de 2007. Rad. 27032.

<sup>1336</sup> Véase Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en sentencia de 9 de agosto de 2009, Rad. 29221.

<sup>1337</sup> Respecto a los requisitos impuestos para esta figura se puede consultar Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de agosto de 2003, Rad. 19213 y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 12 de septiembre de 2007, Rad. 24448.

<sup>1338</sup> Algunos autores como HUERTAS DÍAZ, AMAYA SANDOVAL y MALTE RUANO expresan que se hace referencia “(…) a la tesis de la coautoría impropia, donde la doctrina colombiana se inclinó por decir que la coautoría, siendo una conducta realizada por una pluralidad de personas, podía caracterizarse como propia o impropia, simple o compleja. En esa medida, se decía que había coautoría propia cuando uno de los autores desarrollaba integral y simultáneamente, la misma conducta típica que había sido previamente acordada; por el contrario, la coautoría impropia se presenta cuando un mismo hecho típico ha sido realizado comunitariamente, pero con división del trabajo, por varias personas que lo



“(…) Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son *coautores* globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores”<sup>1340</sup>.

En lo que tiene que ver con el aporte de los autores, puede ser material o moral (por ejemplo, los actos de intimidación) y debe ser significativo en la ejecución del hecho, al punto que se evidencie su trascendencia al momento de la comisión. El momento en que debe darse la contribución, se da entre el instante en que se inicia la ejecución y lesión del verbo rector y obtener la consumación del tipo penal, excluyendo a los subsiguientes al mismo<sup>1341</sup>. Lo relevante es que el aporte corresponda a la distribución de trabajo y este conforme al plan común, descartando aquellos hechos que se consideren como una simple cooperación<sup>1342</sup>, o incluso cuando se excede, evento en el cual la responsabilidad debe ser asumida por dicho concurrente.

La importancia del aporte se constituye en el elemento más relevante de la coautoría, relacionada con la exigencia del co-dominio funcional del hecho<sup>1343</sup>, y así poder determinar si el sujeto actúa como autor o si estaría inmerso en otro tipo de modalidad de imputación como la complicidad, situación que deberá ser analizado con mucho cuidado por las autoridades judiciales respecto a los crímenes internacionales, atendiendo el principio de legalidad, teniendo en cuenta que la legislación colombiana ha adoptado una definición restrictiva de autor.

Estos puntos deben verificarse minuciosamente en los macroprocesos que se adelantarán en el marco de la justicia transicional en Colombia. La JEP sin lugar a dudas

---

asumían como propio, aunque la intervención de cada una de ellas, tomada en forma separada, no se adecuara por sí misma al tipo penal”. HUERTAS DÍAZ, O., AMAYA SANDOVAL, C., y MALTE RUANO, G. “Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito” en *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, pp. 81-98, enero-junio de 2013. p. 86.

<sup>1339</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de julio de 2018. Rad. 50394.

<sup>1340</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra Nicolás Rodríguez Bautista “Alias Gabino”- “Masacre de Machuca”*, Sentencia de 7 de marzo de 2007. Rad. 23825.

<sup>1341</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de agosto de 2003, Rad. 19213.

<sup>1342</sup> Vid. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, A. “Lección 16: Autoría y participación”, en *Óp. Cit.*, p. 290.

<sup>1343</sup> Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, *Óp. Cit.*, p. 386 y ss.

podrá tener en cuenta la coautoría directa, fundamentalmente cuando se trate de investigar a los máximos responsables tanto de los grupos guerrilleros como de la Fuerza Pública, puesto que en el desarrollo de sus vulneraciones e infracciones a los Derechos Humanos resulta evidente la existencia de un plan o acuerdo común con división del trabajo dirigida a la comisión de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, de tal manera que no se puede descartar la eventual imputación de estos tipos penales bajo la modalidad de coautores directos, más aun cuando el concepto de coautoría mediata no se encuentra legalmente constituida en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como se enunciará a continuación.

#### **4.2.5.- La Coautoría mediata: Concepto desarrollado en el Derecho Penal Internacional**

El Derecho Internacional, con fundamento en la teoría de dominio por aparatos de poder, ha desarrollado la figura de la coautoría mediata (*indirect co-perpetration*), cuando todos o algunos de los co-autores adelantan sus aportes esenciales al plan común por intermedio de otra persona. Para OLÁSOLO “(...) la expresión ‘coautoría mediata’ refleja mucho mejor la propia naturaleza de su objeto en cuanto que supone la aplicación conjunta de una forma de una forma de coautoría (dominio funcional) y de una variante de la autoría mediata”<sup>1344</sup>.

La CPI parece entender que la coautoría mediata es el concepto que mejor se adapta a las especificaciones de los aparatos de poder jerarquizado, utilizando la teoría de ROXIN y aplicándola de manera subsidiaria a la coautoría directa<sup>1345</sup>, dejando a un lado la teoría de la Empresa Criminal Conjunta, empleada previamente por los Tribunales AD Hoc en su jurisprudencia<sup>1346</sup>, y conjugándola con el concepto de autoría mediata en estructuras organizadas de poder.

---

<sup>1344</sup> Cfr. OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 553.

<sup>1345</sup> Vid. GIL GIL, A., “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” Óp. Cit., p. 525. No obstante, en su momento fue rechazada por el Juez Fulford. Para poder analizar sus argumentos Vid. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C., “La primera sentencia de la CPI: Reflexiones sobre el Caso Lubanga” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 329-361. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013, p. 338 y ss.

<sup>1346</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Stakic*, sentencia de 31 de julio de 2003, No. IT-97-24-T; Cfr. TPIY. *Caso The Prosecutor c. Milan Milutinovic*. Decisión del 22 de marzo de 2006, No. IT-05-87-PT. par.

El ECPI en el artículo 25.3. a) no establece el concepto de coautoría mediata de manera expresa, no obstante se ha creado esta figura partiendo de una interpretación de la disyunción “o” que une las partículas “con otro” y “por conducto de otro” de dicho artículo, en el sentido de “o uno o el otro, y posiblemente ambos”<sup>1347</sup>, y la CPI lo ha aplicado para imputar cargos por crímenes de guerra y lesa humanidad a título principal en el *Caso Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*<sup>1348</sup>.

La jurisprudencia internacional ha distinguido tres casos donde se puede aplicar esta institución<sup>1349</sup>, los cuales podrían resolver posibles problemas en la aplicación apartada de la coautoría por dominio funcional y la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en los crímenes internacionales, incluyendo casos donde se utiliza aparatos de poder del Estado.

En primer lugar están aquellos donde varios dirigentes comparten el dominio sobre una estructura organizada de poder, la cual utilizan para la realización de crímenes, como en los *Casos Gaddafi, Gbagbo, Kenyatta y Ruto, Kosgey y Sang*. En segundo lugar estaría la posibilidad en que existen varios dirigentes, cada uno al mando de una organización de poder, las cuales se encaminan a ejecutar coordinadamente un plan común, como en los *Casos Katanga y Ngudjolo y Bemba*<sup>1350</sup>. Por último, se encuentra la circunstancia en que

---

25; Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?*” *Óp. Cit.*, p. 450 y ss.

<sup>1347</sup> Véase CPI, *Caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 491 y 492.

<sup>1348</sup> Cfr. CPI, *Caso The Prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717.

<sup>1349</sup> Esto ha sido apoyado por varios autores, donde se puede encontrar AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, *Óp. Cit.* p. 157; GIL GIL, A. “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”. *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, p. 115.; OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 613-614.

<sup>1350</sup> Vid. OLÁSOLO ALONSO, H., “la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales: especial referencia a los casos “Al Bashir”, “Al-Gaddafi” y “Al-Senussi” ante la Corte Penal Internacional” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 297-327. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013, p. 302. Sobre esta modalidad de imputación, otros como WERLE la denominan “autoría mediata conjunta” WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 367-370.

una persona se convierte en autor por realizar una contribución por dominio funcional, mientras que otro ejecuta por la organización de poder bajo su dirección<sup>1351</sup>.

Adicionalmente, la CPI ha establecido como elementos característicos de este concepto, en la medida que se está ante una autoría mediata, los mismos que se enunciaron y se explicaron con mayor profundidad en líneas anteriores, a saber<sup>1352</sup>, que el autor debe formar parte de un plan o acuerdo común con varias personas; el sujeto y los demás coautores deben realizar de manera coordinada contribuciones esenciales que resulten en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo; el autor debe tener el control sobre la organización, que es un aparato ordenado y jerárquico de poder, de tal manera que los subordinados cumplen sus órdenes; la realización de los crímenes debe estar asegurada mediante el cumplimiento casi automático de las órdenes dictadas por el acusado, sino respondería como partícipe; se deben cumplir los elementos del tipo subjetivo de los crímenes, así como aceptar y tener conocimiento que la realización del plan común resultará en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo; y debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer el control conjunto sobre la comisión del crimen a través de otra persona<sup>1353</sup>.

En lo que tiene que ver con los elementos subjetivos, en primer lugar, el coautor mediato debe cumplir con los elementos subjetivos del crimen en cuestión, en los términos del artículo 30 del ECPI. En esto, se incluye también cualquier dolo especial que sea aplicable respecto del crimen en particular, el cual deberá constatarse en todos los

---

<sup>1351</sup> Vid. GIL GIL, A. “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”. *Óp. Cit.*, p. 136.

<sup>1352</sup> La CPI ha desarrollado los requisitos en CPI, *Caso The Prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717. par. 511 y ss. Cfr. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise* ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?” *Óp. Cit.*, p. 458 y 459.

<sup>1353</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 495-539; CPI, *Caso The prosecutor c. Laurent Koudou Gbagbo*, Sentencia del 12 de junio de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-01/11-1, par. 230; CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Sentencia del 8 de marzo de 2011. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-02/11, par. 36; CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 313 y ss; CPI, *Caso The prosecutor c. Bosco Ntaganda*, Sentencia del 9 de junio de 2014 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/04-02/06, par. 104 y 121.

coautores<sup>1354</sup>. En segundo lugar, los coautores mediatos deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen<sup>1355</sup>. En tercer lugar, el coautor mediato debe estar en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen<sup>1356</sup>. La CPI no tiene en cuenta el requisito de la ilegalidad o apartamiento de la organización de la regulación<sup>1357</sup>.

En el caso de los máximos dirigentes esta modalidad de imputación ha sido la que con mayor frecuencia ha adoptado la CPI, sin encontrarse antecedentes para Colombia. Al respecto, OLÁSOLO enuncia que ello se da por

“(…) el resultado de la creciente percepción de que, con independencia del impacto que puedan tener en la determinación de la pena, la aplicación de formas de responsabilidad accesoria como el ordenar, el instigar, el planear o el cooperar, para reflejar la responsabilidad de los dirigentes en la comisión de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, relegan su función a un papel secundario, que no se corresponde con su importancia central”<sup>1358</sup>.

Ahora, esta modalidad de imputación puede entrar a resolver dificultades cuando los autores materiales no participan en el plan común y no existe una división pactada del plan común o de las tareas a desarrollar. A su vez, se superan los problemas que evidencia la coautoría por dominio funcional cuando

---

<sup>1354</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 333-336; CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1413.

<sup>1355</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 348; CPI, *Caso The prosecutor C. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 533; CPI, *Caso The prosecutor c. Bahar Idriss Abu Garda*. Sentencia de 8 de febrero de 2010 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/05-02/09-243-Red. par. 160 y 161; CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos) No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 418.

<sup>1356</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1409; CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 348; CPI, *Caso The prosecutor c. Bahar Idriss Abu Garda*. Sentencia de 8 de febrero de 2010 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/05-02/09-243-Red. par. 160 y 161; CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 297.

<sup>1357</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 344, 349 y 352.

<sup>1358</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 613.

“(…) los coautores son un grupo de dirigentes cuya principal aportación consiste en diseñar el plan común y promover su ejecución, ordenando para ello a sus respectivos subordinados que lleven a cabo las tareas esenciales respectivamente asignadas a la organización que dirigen; y (…) los autores materiales son miembros de bajo rango de las organizaciones a las que pertenecen dichos dirigentes, y cometen los delitos en cumplimiento de sus órdenes”<sup>1359</sup>.

La principal crítica que ha tenido esta modalidad de imputación radica en la falta de consagración normativa en el ECPI, lo que para la exjueza de la CPI VAN DEN WYNGAERT es una expansión arbitraria del artículo 25.3.a), que permite confirmar cargos por coautoría mediata sin probar los elementos ni de la coautoría ni de la autoría mediata, puesto que para esta Jueza deben cumplirse todos los requisitos de cada una de las formas de responsabilidad<sup>1360</sup>. Adicionalmente, se hace necesario determinar los elementos y requisitos para determinar a que tipo de agrupaciones y el grado de control necesario para que se pueda aplicar este concepto<sup>1361</sup>.

No obstante, esta posición olvida que el propósito de este concepto es impedir la existencia de hechos o situaciones donde se pueda presentar impunidad, manteniendo precaución para no afectar los principios de legalidad y culpabilidad, de tal manera que la JEP al momento de su eventual aplicación, deberá realizar un análisis interpretativo profundo, sin olvidar que para que se configure se requiere la existencia de los elementos de la coautoría como de la autoría mediata, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla de manera expresa esta modalidad de imputación, pero que se puede acudir a ella, con fundamento en que el Derecho Penal Internacional se constituye en una fuente para la calificación de las conductas que se van a investigar y eventualmente sancionar<sup>1362</sup>, y el gran desarrollo jurisprudencial que se ha dado en el marco de competencia de la CPI.

---

<sup>1359</sup> *Ibíd.* p. 614.

<sup>1360</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Mathieu Ngudjolo*. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. No. ICC-01/04-02/12-4. Opinión separada Jueza Christine Van den Wyngaert. par. 61-63.

<sup>1361</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 615.

<sup>1362</sup> Artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017; Artículo 23 de la Ley 1957 de 2011; Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017 y Sentencia C – 080 de 2018.

## 5.- La Participación como título de imputación de la responsabilidad

Otra forma de atribución de responsabilidad es a título de participación. A partir de la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc se ha dado un esfuerzo para establecer la delimitación entre las formas de intervención en la comisión de los crímenes internacionales entre la autoría y participación<sup>1363</sup>, denominándolas responsabilidad principal y responsabilidad accesoria, distinción que ha sido aclarada por la jurisprudencia de la CPI en el *Caso Lubanga*<sup>1364</sup>.

En ese sentido, la codificación también se mostró tardía, encontrándose por primera vez en el Artículo 25.3 b), c) y d) del ECPI la consagración normativa de la forma como se podría aplicar el concepto de participación en el caso de crímenes de Derecho Internacional, y se diferencia de la autoría en la medida que quien interviene en el delito no tiene dominio funcional del hecho, de tal manera que actúa dentro del acto punible pero carece del control sobre el mismo, y es calificado como cómplice por su contribución y conciencia de ser parte en él, es decir, una manera accesoria de responsabilidad<sup>1365</sup>, donde la CPI determinará la dosificación punitiva<sup>1366</sup>.

Conforme a lo anterior, tal como lo expresa OLÁSOLO “(...) mientras los autores de un delito son aquéllos cuya responsabilidad puede ser establecida independientemente de todos los demás intervinientes en el mismo, partícipes son aquéllos cuya responsabilidad se deriva de la responsabilidad principal de los autores”<sup>1367</sup>.

Esta figura está organizada en tres categorías diferentes, donde en primer lugar se castiga a quien emite una orden, solicitud e inducción (artículo 25.3 b) del ECPI); en segundo lugar, aquel que actúa en complicidad, encubrimiento y colaboración (artículo 25.3 c) del ECPI); y por último realizar una contribución al plan común de un grupo (artículo

---

<sup>1363</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A; TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 3 de diciembre de 2003, No. ICTR-99-52-T.

<sup>1364</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842, par. 998 y 999.

<sup>1365</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803, par. 346; CPI, *Caso The prosecutor C. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717, par. 524.

<sup>1366</sup> Cfr. Artículos 77 y 70 del ECPI.

<sup>1367</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 619.

25.3 d) del ECPI). Todas estas posibilidades serán analizadas con mayor profundidad a continuación, así como se determinará la forma como ha sido contemplada en la regulación interna colombiana, y su eventual aplicación en los procesos de justicia transicional.

A grandes rasgos, se ha considerado que es partícipe aquel individuo que incurre en responsabilidad por motivar a otro a cometer un crimen<sup>1368</sup>. En ese sentido, se parte de la circunstancia de la existencia de cuando menos dos personas, el que ordena, propone o induce dolosamente a otro al delito, y quien realiza con intención la conducta típica de un crimen internacional.

El Artículo 25.3 b) del ECPI establece que quien “(...) ordene, proponga o induzca (...)” la realización de un delito será penalmente responsable cuando se haya consumado o se haya alcanzado el grado de tentativa (salvo el caso del delito de genocidio)<sup>1369</sup>. Lo que se busca es sancionar a quien a pesar de no haber ejecutado materialmente el acto, es el sujeto que determinó la comisión del crimen<sup>1370</sup>.

Esta figura sería aplicable en aquellos casos que por las circunstancias fácticas que rodean la conducta, no se podría acudir a la autoría medita como solución al mismo<sup>1371</sup>, puesto que son conceptos que se diferencian en el grado de importancia de los actos del procesado, de tal manera que la elección de cual título de imputación aplicar será conforme al material probatorio que se tenga a disposición.

Por ello es procedente continuar con el estudio y análisis de las diferentes figuras o categorías, es decir la de ordenar, solicitar o inducir la comisión de un crimen; colaborar en la comisión del crimen; y colaborar de cualquier otro modo en la comisión de un crimen por un grupo de personas, que hacen parte de esta modalidad de imputación e intervención

---

<sup>1368</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, par. 482.

<sup>1369</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, No. ICTR-99-52-A. par. 381. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Galic*, sentencia de 5 de diciembre de 2003, No. IT-98-29-T, par. 168.

<sup>1370</sup> Véase TPIY. *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 278.; Vid. CPI, *Caso The prosecutor c. Laurent Koudou Gbagbo*, Sentencia del 12 de junio de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-01/11-1, par. 243; Vid. CPI, *Caso The prosecutor c. Charles Blé Goudé*. Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-02/11-186, par. 159.

<sup>1371</sup> Vid. AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, *Óp. Cit.*, p. 273 y ss.; Vid. OLÁSULO ALONSO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional”, *Óp. Cit.*, p. 99 y 100.



accesorias<sup>1372</sup>, tanto en el Derecho Penal Internacional, como en la regulación interna colombiana.

### 5.1.- Ordenar

El verbo ordenar, establecido en el artículo 25.3 b) del ECPI, a diferencia de proponer o inducir, requeriría una superioridad jerárquica, dirigida a que el subordinado cometa el crimen, así, quien imparte la instrucción responde como determinador, y quien la cumple, a título de autor material, sin que exista la posibilidad de excluirse la responsabilidad, en el entendido que la orden de cometer un crimen internacional es abiertamente ilícita, y por ello no debe cumplirse.

Como se está ante una relación superior-subordinado, parecería que este concepto tendría mayor relación con la autoría mediata en estructuras organizadas de poder como una responsabilidad principal<sup>1373</sup>. Ahora, con el fin de distinguirla y encausarla dentro de la responsabilidad accesoria, algunos autores como AMBOS<sup>1374</sup> manifiestan criterios fundamentales en primer lugar que, si falta alguno de los requisitos para que se de una estructura jerárquica, pero existe, y en su interior el superior ha dado una orden de contenido criminal, nos encontraremos ante el caso de la figura de “ordenar”. Por otro lado, en la circunstancia que no exista estructura jerárquica o de que el superior actúe al margen de ella, se aplicaría “proponer o inducir”.

Conforme a la jurisprudencia internacional<sup>1375</sup>, los elementos objetivos de ordenar consiste en destinar un lugar de poderío para dictaminar sobre otra persona (el partícipe debe estar en una posición de autoridad de *iure* o de *facto*) y enseñando de cualquier forma, a cometer un crimen que se consuma o queda en el grado de tentativa, que realice los

---

<sup>1372</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 344.

<sup>1373</sup> Véase AMBOS, K., *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Óp. Cit., p. 196; VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, Países Bajos: TMC Asser Press, 2003. p. 769.

<sup>1374</sup> Cfr. AMBOS, K., “*Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*”, Berlín: Duncker & Humblot, 2002. p. 569

<sup>1375</sup> Véase CPI, *Caso The prosecutor c. Bosco Ntaganda*. Sentencia del 9 de junio de 2014 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/04-02/06, par. 145; CPI, *Caso The prosecutor c. Laurent Koudou Gbagbo*, Sentencia del 12 de junio de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-01/11-1, par. 244.

requisitos del delito, mediante un acto positivo (excluyéndose la omisión<sup>1376</sup>), expreso, tácito, oral o escrito<sup>1377</sup>, debiéndose identificar el autor material<sup>1378</sup>, sin que se requiera probar la relación superior-subordinado<sup>1379</sup>. Bajo ese entendido, tal como lo enuncia OLÁSOLO “(...) además de los superiores jerárquicos en unidades del ejército regular, también los comandantes de fuerzas irregulares (tales como grupos paramilitares) y los dirigentes de partidos políticos pueden incurrir en responsabilidad penal por ordenar”<sup>1380</sup>.

En cuanto a los elementos subjetivos, la jurisprudencia internacional<sup>1381</sup> ha enunciado que el partícipe debe ser consciente de que el crimen será cometido en el curso ordinario de los hechos, como consecuencia de la ejecución o implementación de la orden<sup>1382</sup>, conociendo la intención del autor principal, sin que sea necesario que quien emite la orden cumpla con los elementos intencionales del delito<sup>1383</sup>, es decir, no se requiere el cumplimiento del dolo especial requerido por la definición del delito (diferencia con la autoría mediata) y ha determinado claramente cuando un dirigente puede ser considerado responsable por ordenar la ejecución de un crimen, teniendo consciencia que

“(...) los elementos objetivos del delito tengan lugar como resultado de la ejecución de su orden; (ii) los autores materiales actúen con el elemento subjetivo general requerido por el delito en

---

<sup>1376</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Galic*, sentencia de 30 de noviembre de 2006, No. IT-98-29-A, par. 176; y TPIY. *Caso The prosecutor c. Dragomir Milosevic*. Sentencia de 12 de noviembre de 2009. No. IT-98-29/1-A. par. 267.

<sup>1377</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 281; TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 15 de septiembre de 2004. No. ICTY-99-36-T. par. 270.

<sup>1378</sup> Cfr. TPIY *Caso The Prosecutor c. Boskoski*, sentencia del 19 de mayo de 2010, No. IT-04-82-A. par. 75.

<sup>1379</sup> Cfr. TPIR. *Caso The prosecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 20 de mayo de 2005, No. ICTR-97-20-A, par. 361; TPIR. *Caso The prosecutor c. Gacumbitsi*, sentencia de 7 de julio de 2006. No. ICTR-2001-64-A, par. 182; TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 17 de diciembre de 2004, No. IT-95-14/2-A. par. 28; TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Galic*, sentencia de 30 de noviembre de 2006, No. IT-98-29-A, par. 176.

<sup>1380</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 622.

<sup>1381</sup> Véase CPI, *Caso The prosecutor c. Bosco Ntaganda*. Sentencia del 9 de junio de 2014 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/04-02/06, par. 145; CPI, *Caso The prosecutor c. Laurent Koudou Gbagbo*, Sentencia del 12 de junio de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-01/11-1, par. 244; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 29 de julio de 2004, No. IT-95-14-A, par. 42; y TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 17 de diciembre de 2004, No. IT-95-14/2-A. par. 30.

<sup>1382</sup> Al respecto también se ha pronunciado la jurisprudencia internacional en TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 17 de diciembre de 2004, No. IT-95-14/2-A. par. 32.; TPIR, *Caso The prosecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, No. ICTR-99-52-A. par. 718.

<sup>1383</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 374.

cuestión; y (iii) los autores materiales actúen motivados por todo dolo especial exigido por la definición del delito”<sup>1384</sup>.

Adicionalmente, tal como lo han puesto de presente algunos autores

“(…) Ordenar, como una forma de responsabilidad, puede capturar los delitos directamente cometidos como resultado de órdenes, pero fracasa en reflejar completamente la responsabilidad cuando el superior que actúa conjuntamente con otros intenta cometer un delito más amplio y su contribución consiste en ordenar a sus subordinados realizar parte del mismo. Si el dirigente que dicta la orden tiene la intención compartida de cometer un delito más amplio, da pasos para alcanzar ese fin y su contribución es ordenar a quienes se encuentran bajo su autoridad para que desarrollen distintos aspectos del delito, la limitación de su responsabilidad a los delitos que ordena no haría sino compartimentalizar aquella”<sup>1385</sup>.

A modo de conclusión, esta figura para la imputación tendría ciertas dificultades en su aplicación, en el entendido que los máximos responsables estarán inmersos por regla general en estructuras organizadas de poder, circunstancia que enmarcaría la comisión de los crímenes en la autoría mediata, lo que volvería de muy difícil aplicación este concepto. Aunque, podría entrar a complementar aquellos hechos que sean cometidos en el marco de grupos que no tienen una tendencia de actuar fuera de la ley, como sería una instrucción emitida en la Fuerza Pública.

## 5.2.- Inducir

En el caso de la determinación a otro para cometer un crimen, cada uno de los verbos que describe la forma de actuar tiene sus consideraciones especiales, por ello será responsable quien instiga o induce a otro a cometer un delito, por motivar a ejecutar un crimen<sup>1386</sup>, tal como lo ha establecido en el artículo 25.3 b) del ECPI<sup>1387</sup>. Frente a esta posibilidad, se está ante la eventualidad de influir sobre otra persona, ya sea por acción o por omisión, en la comisión dolosa de un delito, diferente a lo que puede ser alentar a

---

<sup>1384</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 627.

<sup>1385</sup> *Ibíd.*, p. 639. En el mismo sentido se pronuncia DEL PONTE, C. “Investigation and Prosecution of Large - Scale Crimes at the International Level. The Experience of the ICTY” en *Journal of International Criminal Justice*, No. 4, 2006, pp. 539-558. p. 549.

<sup>1386</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, par. 482.

<sup>1387</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 344.

realizarlo, situación que se encuentra enmarcada en las circunstancias consagradas en el artículo 25.3 c) del ECPI.

Para el caso de “proponer o inducir”, algunos autores han considerado pertinente utilizar el concepto de instigación<sup>1388</sup>, y la CPI ha establecido como elementos objetivos<sup>1389</sup>, los cuales no son realizados por el imputado, puesto que en ese caso la conducta estaría enmarcada en la coautoría<sup>1390</sup>. A su vez, se diferencia de los conceptos de la autoría mediata y de la orden, porque en la inducción el partícipe realiza la influencia por fuera de una relación de subordinación y sin autoridad<sup>1391</sup>. El acto debe contribuir sustancialmente<sup>1392</sup>, puede desarrollarse expresa o tácitamente<sup>1393</sup>, directamente y dolosamente encaminado hacia la comisión o tentativa del crimen<sup>1394</sup>, sin que se requiera sea público, o que el incitador se encuentre presente en la ejecución del acto<sup>1395</sup>, de

---

<sup>1388</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 639; Véase VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, Óp. Cit., p. 77 y ESER, A. “Individual Criminal Responsibility” en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), New York: Oxford University Press, 2002, p. 796.

<sup>1389</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Bosco Ntaganda*. Sentencia del 9 de junio de 2014 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/04-02/06, par. 153; CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 78 y ss.

<sup>1390</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Stakic*, sentencia de 31 de octubre de 2002, No. IT-97-24-T, par. 107.

<sup>1391</sup> Vid. CASSESE, A. *International Criminal Law*. Óp. Cit., p. 189.

<sup>1392</sup> La jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc han considerado que la inducción debe ser un factor sustancialmente contribuyente en la conducta del autor principal. Vid. TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 17 de diciembre de 2004, No. IT-95-14/2-A. par. 445.; TPIR. *Caso The prosecutor c. Gacumbitsi*, sentencia de 7 de julio de 2006. No. ICTR-2001-64-A, par. 129.; TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, No. ICTR-99-52-A. par. 480.

<sup>1393</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 270 y ss; y TPIY. *Caso The persecutor c. Naser Olic*, sentencia de 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T, par. 273.

<sup>1394</sup> Otros autores aceptan la posibilidad que se presente de manera indirecta. Véase WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 220 y ESER, A. “Individual Criminal Responsibility” en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), New York: Oxford University Press, 2002, p. 796. Olásulo manifiesta que este requisito eliminaría de manera importante frente aquellos sujetos que se encuentran físicamente alejados de los autores materiales. Véase OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 644.

<sup>1395</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 643.

diferentes maneras o de cualquier medio<sup>1396</sup>, a modo de ejemplo se encuentran promesas económicas, sobornos o amenazas<sup>1397</sup>, incluso por omisión<sup>1398</sup>.

Frente al elemento subjetivo se requiere lo mismo que para la suposición de “ordenar”, es decir, ser consciente que por acción u omisión el crimen será cometido en el curso ordinario de los acontecimientos. OLÁSOLO afirma que se aplicará la responsabilidad por inducción cuando

“(…) los elementos objetivos del delito objeto del acto de instigación sean realizados (siendo el actor de instigación un factor que va a contribuir sustancialmente a su comisión); (ii) los autores materiales actúen con el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión; y (iii) los autores materiales actúen motivados por cualquier dolo especial exigido por definición del delito”<sup>1399</sup>.

Respecto al elemento intencional, no se tiene claridad si es necesario que el inductor comparta los requisitos especiales de cada crimen<sup>1400</sup>, lo que podría suceder es que responda cuando tenga conocimiento de la voluntad del inducido, así no la comparta<sup>1401</sup>.

La CPI ha tenido la oportunidad de aplicar esta figura en el *Caso Ahmad Harun*<sup>1402</sup>, considerando que se podría aplicar la responsabilidad bajo el título de instigador, lo que ha generado cuestionamientos frente a que no se decidió imputar como coautor mediano, siguiendo los lineamientos impuestos en el *Caso Omar al Bashir*<sup>1403</sup>, debido a que “(…) fue

---

<sup>1396</sup> Cfr. TPIY. *Caso The persecutor c. Naser Olic*, sentencia de 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T, par. 273.

<sup>1397</sup> Véase ASHWORTH, A. *Principles of Criminal Law*, 3° ed., Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 481

<sup>1398</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 270 y ss; TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 26 de febrero de 2001, No. IT-95-14/2-T, par. 387; y TPIY. *Caso The persecutor c. Naser Olic*, sentencia de 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T, par. 273.

<sup>1399</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 646.

<sup>1400</sup> Véase TPIY. *Caso The persecutor c. Naser Olic*, sentencia de 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T, par. 279.

<sup>1401</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional, Óp. Cit.*, p. 372.

<sup>1402</sup> Véase CPI, *Caso The prosecutor c. Ahmad Harun*. Sentencia del 27 de abril de 2007. No. ICC-02/05-01/07.

<sup>1403</sup> Cfr. CPI, *Caso The Prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia de 4 de marzo de 2009 (Orden de detención), No. ICC-02/05-01/09-3, par. 221.

plenamente conocedor de su función esencial en la ejecución del plan común, así como de la situación en el terreno, puesto que viajaba con frecuencia a Darfur”<sup>1404</sup>.

No obstante, la aplicación que la jurisprudencia internacional ha dado de esta forma de atribución de responsabilidad ha sido adecuada, en la medida que la ha separado de la autoría, determinando que estamos en presencia de una imputación accesorio en la que no se encuentra el elemento de control ni el cumplimiento automático de la orden. Ello no quiere decir que su reproche sea menor, ni que exista jerarquía entre las diferentes figuras. Lo relevante es lograr establecer claramente las circunstancias fácticas en que se deba emplear cada concepto, impidiendo su confusión.

### 5.3.- Planear

Otra forma de participación consiste en planear, la cual no está consagrada expresamente en el ECPI (como si se encontraba en los estatutos de los Tribunales Ad Hoc), pero algunos autores han considerado que la misma se encuentra inmersa en el artículo 25.3 b), que se refiere a quien “ordene, proponga o induzca”<sup>1405</sup>. Se considera que, en este caso, será responsable aquel sujeto que crea o diseña la comisión del crimen, y no participa en la realización del tipo penal, puesto que posteriormente es ejecutado por el autor material<sup>1406</sup>.

En este caso, tal como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia internacional, al igual que en lo que tiene que ver con las formas de participación de ordenar e instigar, la relación entre quien planea y aquel sujeto que ejecuta el acto no requiere ser directa<sup>1407</sup>. Lo relevante es que el plan contribuya sustancialmente en la comisión de los crímenes<sup>1408</sup>.

En cuanto a los elementos subjetivos, en este caso no se quiere la existencia de un dolo especial por parte del sujeto que planea, OLÁSOLO pone de manifiesto como requerimientos que

---

<sup>1404</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 652.

<sup>1405</sup> Véase VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, Óp. Cit., p. 78.

<sup>1406</sup> Cfr. TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 17 de diciembre de 2004, No. IT-95-14/2-A. par. 26.

<sup>1407</sup> Cfr. VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, Óp. Cit., p. 80.

<sup>1408</sup> Cfr. TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 17 de diciembre de 2004, No. IT-95-14/2-A. par. 26.

“(…) los elementos objetivos del delito planeado sean realizados (siendo el plan un factor que va a contribuir sustancialmente a su comisión); (ii) los autores materiales actúen con el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión; y (iii) los autores materiales actúen motivados por todo dolo especial exigido por la definición del delito”<sup>1409</sup>.

Justamente estas características permiten la diferenciación con otras figuras, como podría ser la coautoría o la autoría mediata en estructuras organizadas de poder, aunque su aplicación ha sido muy limitada puesto que la práctica internacional ha demostrado que la mayoría de los casos la elaboración de un plan criminal va acompañado de la utilización de una organización criminal, donde los subordinados se encargan de ejecutarlo. Por esta razón se considera que en los asuntos que se adelanten en los procesos de justicia transicional en Colombia, esta modalidad de participación es muy improbable que sea empleada.

#### **5.4.- Facilitación en el crimen mediante complicidad, encubrimiento y colaboración**

La facilitación mediante la complicidad, encubrimiento o colaboración es uno de los títulos de atribución de responsabilidad accesoria<sup>1410</sup> contenidos en el Derecho Internacional Consuetudinario, consagrados desde Estatuto del TMI de Núremberg y se ha mantenido en diversos instrumentos jurídicos que han procurado regular este aspecto de la responsabilidad internacional de individuo. En este caso, el facilitador ejecuta una acción dolosa accesoria a la del autor principal, cuya ayuda tiene relevancia para el hecho sustancial, sin ejercer autoridad o influencia<sup>1411</sup>.

El Artículo 25.3 c) del ECPI consagra esta forma de participación al establecer que será responsable quien “(…) con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”. Cabe señalar que este concepto comprende todos los actos intencionales previos, concomitantes o posteriores al hecho, dirigidos a asistir, sin acuerdo previo, para alentar o prestar apoyo moral a la

---

<sup>1409</sup> OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 656.

<sup>1410</sup> Cfr. AMBOS, K. “Article 25: Individual Criminal Responsibility”. En: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto. (Ed.). Munchen: Nomos, 2014. p. 747.

<sup>1411</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Muhinarav*, sentencia del 21 de mayo de 2007, No. ICTR- 95-1B-A, par. 189; y TPIY. *Caso The persecutor c. Blagojevic*, sentencia de 9 de mayo de 2007, No. ICTY-02-60-A, par. 192.

perpetración de un crimen, teniendo estos sucesos un efecto sustancial en la realización doloso del mismo<sup>1412</sup>. Esta figura tiene como propósito regular la complicidad como se entiende en los sistemas jurídicos del *common law*, como una cláusula residual que incluye todas las demás formas de asistencia o ayuda en la realización de los delitos.

Este precepto incluye tres formas de participación: la complicidad (persona que aporta su ayuda), el encubrimiento (quien oculta o esconde el delito ejecutado) y la colaboración (asistencia de cualquier forma en la realización del crimen). Todas tienen en común dos aspectos, de un lado, requieren de la concurrencia del “(...) propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, como un elemento subjetivo especial. Por otro lado, obligan que se inicie la ejecución del delito, sin que sea necesario que llegue a consumarse, es decir permite el grado de tentativa.

Como elemento objetivo de este concepto podemos encontrar que el partícipe debe proveer ayuda o asistencia para la comisión de un crimen, que bajo el concepto de la CPI no existe claridad si debe ser sustancial<sup>1413</sup> o no, puesto que sus pronunciamientos no han sido uniformes<sup>1414</sup> y no existen estándares mínimos en el ECPI para poder determinarla, de tal manera que lo relevante es la relación de causalidad con la realización del acto punible<sup>1415</sup>.

El elemento subjetivo requerido es que la contribución realizada es sustancial en la ejecución de los elementos objetivos del crimen, de tal manera que el partícipe debe estar

---

<sup>1412</sup> Vid. BANTEKAS, I. *International Criminal Law. Óp. Cit.*, p. 67; Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, par. 484; TPIR, *Caso The prosecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 15 de mayo de 2003, No. ICTR-97-20-T, par. 404; CPI, *Caso The prosecutor c. Charles Blé Goudé*. Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-02/11-186, par. 167.

<sup>1413</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Callixte Mbarushimana*. Sentencia del 16 de diciembre de 2011 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/04-01/10-465-Red, par. 279.

<sup>1414</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Charles Blé Goudé*. Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-02/11-186, par. 167.; CPI, *Caso The Prosecutor c. Dominic Ongwen*. Sentencia del 23 de marzo de 2016 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/04-01/15-422-Red. par. 43; CPI, *Caso The Prosecutor c. Ahmed Al Faqi Al Mahdi*. Sentencia de 27 de septiembre de 2016. No. ICC-01/12-01/15-171. par. 26.

<sup>1415</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989. par. 93 y ss. Incluso algunos autores incluyen la omisión. Véase WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional, Óp. Cit.*, p. 377.



consciente que el delito ocurrirá en el curso normal de los eventos<sup>1416</sup>, pero no es necesario que conozca el tipo penal específico, ni las circunstancias en que se cometió, bastando el conocimiento sobre sus elementos esenciales<sup>1417</sup>, puesto que será sobre el autor material en quien recae el análisis del dolo especial contenido en el concepto<sup>1418</sup>.

Como se puede observar, los criterios establecidos por la CPI no han sido tan profundos y es necesario que se pronuncie principalmente en lo que tiene que ver con esta forma de participación, puesto que no existe claridad si con ella se busca sancionar a quien colabora o ayuda en los crímenes realizados por un individuo, mientras que el literal d) (que se explicará a continuación) recoge la participación en crímenes cometidos por un grupo.

### 5.5.- Contribución al plan común de un grupo

La última forma de imputación de responsabilidad consagrada en el artículo 25.3. d) del ECPI<sup>1419</sup> es la contribución al plan común de un grupo<sup>1420</sup>, entendida como una forma residual de participación<sup>1421</sup>. Es una forma subsidiaria, excluyéndose la posibilidad que una persona pueda ser al mismo tiempo autor y cómplice del mismo crimen<sup>1422</sup>, y que merecerá ser aplicada cuando no se logre probar los elementos de las demás formas de atribución de responsabilidad, al referirse expresamente “(...) de algún otro modo en la comisión o

---

<sup>1416</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Charles Blé Goudé*. Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-02/11-186, par. 167; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, No. IT-95-14/1-A, par. 162; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 29 de julio de 2004, No. IT-95-14-A, par. 45 y 49; TPIY, *Caso The persecutor c. Simic*, sentencia de 28 de noviembre de 2006, No. IT-95-9-A, par. 86; TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, No. ICTR-99-52-A, par. 482.

<sup>1417</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Charles Blé Goudé*. Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-02/11-186, par. 95-98. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, No. IT-95-14/1-A, par. 162; TPIY, *Caso The prosecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 19 de abril de 2004, No. IT-98-33-A, par. 140.

<sup>1418</sup> Cfr. TPIY, *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 29 de julio de 2004, No. IT-95-14-A, par. 46; y TPIY, *Caso The persecutor c. Simic*, sentencia de 28 de noviembre de 2006, No. IT-95-9-A, par. 86.

<sup>1419</sup> La redacción de esta norma fue extraída del artículo 2.3. (c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1998. Al respecto se pronuncia Vid. SALAND, P., “International Criminal Law Principles”, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations*, Roy Lee (ed.), The Hague: Kluwer Law International, 1999. pp. 199-200,

<sup>1420</sup> Para un estudio más profundo y detallado de esta figura se puede acudir a KISS, A., “La jurisprudencia de la corte penal internacional en cuanto a la contribución en el crimen cometido por un grupo” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 473-506. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

<sup>1421</sup> Véase OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 678 y ss.

<sup>1422</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 284.

tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”, posición confirmada en el *Caso Katanga*<sup>1423</sup> y el *Caso Ali Kushayb*<sup>1424</sup> descartando la idea que han tenido algunos doctrinantes de que este concepto recogía la idea de Empresa Criminal Conjunta<sup>1425</sup>, aplicada en el *Caso Tadic* por el TPIY<sup>1426</sup>.

Dentro de los elementos que configuran este fundamento de imputación se encuentra en primer lugar que debe haber una aportación del individuo incluso posterior a la comisión del crimen, diferente a las demás intervenciones que ya se han explicado previamente, donde también ha<sup>1427</sup> existido la confusión de si se requiere un umbral mínimo de relevancia, esencial o ser significativa, al no existir una disposición expresa en el ECPI<sup>1428</sup>, podría tenerse en cuenta lo que ha enunciado la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, considerando relevante aquel aporte que haga más eficaz o eficiente la comisión del delito<sup>1429</sup>. Esto deberá analizarse caso a caso, donde lo único que estaría claro es que las contribuciones mínimas podrían excluirse de responsabilidad penal, incluso cuando se enmarquen en la disposición normativa<sup>1430</sup>.

Adicionalmente, el delito debe cometerse al menos en el grado de tentativa y la conducta puede atribuirse a un grupo que tiene un objetivo común, elemento diferente al

---

<sup>1423</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1412.

<sup>1424</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Ali Kushayb*, Pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 27 de abril de 2007 (Orden de arresto). No. ICC-02/05-01/07-2.

<sup>1425</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional”, *Óp. Cit.*, p. 97.

<sup>1426</sup> Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise* ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?” *Óp. Cit.*, p. 452.

<sup>1427</sup> Esta modalidad es aceptada por la CPI en el *Caso Mbarushimana*. CPI, *Caso The prosecutor c. Callixte Mbarushimana*. Sentencia del 16 de diciembre de 2011 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/04-01/10-465-Red, par. 287.

<sup>1428</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373, par. 421.

<sup>1429</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Krajisnik*. Sentencia de 17 de marzo de 2009. No. IT-00-39-A. par. 215;

<sup>1430</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Callixte Mbarushimana*. Sentencia del 16 de diciembre de 2011 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/04-01/10-465-Red, par. 282 y ss. Esta decisión fue apelada por la Fiscalía y el recurso fue desestimado por la Sala de Apelaciones mediante decisión de 30 de mayo de 2012, que cuenta con un voto particular de la magistrada Silvia Fernández de Gurmendi, quien sostiene que el artículo 25.3.d) no requiere una contribución significativa, sino que cualquier contribución es suficiente.

establecido en la Empresa Criminal Conjunta, pero que la CPI ha interpretado para establecer el contenido del mencionado propósito común<sup>1431</sup>.

Frente a los elementos subjetivos, el postulado exige que se actúe con el fin de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo cuando esté bajo la competencia de la CPI<sup>1432</sup> o con conocimiento de que el grupo tiene la intención o voluntad de cometer el crimen<sup>1433</sup>. En opinión de algunos autores, bajo esta segunda hipótesis el partícipe debe saber el delito específico que pretende cometer, de tal manera que su contribución es intencional<sup>1434</sup>. Pero también sería la diferencia con la coautoría por dominio funcional, puesto que en este escenario se requiere que el imputado, además de ser parte del plan común con el resto de coautores, tenga todos los elementos subjetivos del delito<sup>1435</sup>.

La crítica que se puede enunciar para esta forma de imputación es que la CPI no ha realizado el estudio a fin de diferenciar los apartados c) y d) que explicamos en líneas anteriores, en especial lo que tiene que ver con si el estándar de la contribución es el carácter singular o plural del autor, o si se trata de una combinación entre ambos criterios<sup>1436</sup>. No obstante, la aplicación facilitaría la tarea de enjuiciar a quienes se considere máximos responsables, en la medida que se requieren menos pruebas objetivas y subjetivas, concentrándose en las contribuciones significativas y en aquellas que se determinen como relevantes, excluyendo otros que no merecen esa calificación.

---

<sup>1431</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1625.

<sup>1432</sup> La CPI analizó este punto en varios casos, pero simplemente se remitió a lo establecido en la disposición normativa. Al respecto se puede ver CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 351.; y CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 421.

<sup>1433</sup> Cfr. CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436, par. 1638 y 1639.

<sup>1434</sup> Vid. AMBOS, K. "Article 25: Individual Criminal Responsibility". *Óp. Cit.*, p. 486.

<sup>1435</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 688.

<sup>1436</sup> Cfr. AMBOS, K. "The ICC and Common Purpose - What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?" En: *The Law and Practice of the International Criminal Court*. STAHN, C. (Ed.) Nueva York: Oxford University Press, 2015. p. 595-596. CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373. par. 351.; y CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/09-02/11-382-Red. par. 421.

## 5.6.- La participación en el Derecho Colombiano

El artículo 30 del Código Penal y el artículo 31 del Código Penal Militar establecen como partícipes al determinador, al cómplice y al interviniente, teniendo en cuenta que, aunque actúan en la realización del delito, no tienen el dominio del hecho en razón a que dependen de la situación jurídica del autor respecto a la conducta punible<sup>1437</sup>.

De acuerdo con esta norma será responsable por inducción (o determinación) “(...) quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”. Al respecto, señaló la Corte Suprema de Justicia que el determinador es aquella persona que, por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible<sup>1438</sup>.

Quiere decir lo anterior que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir<sup>1439</sup>, entendida en el ordenamiento jurídico interno como la determinación, figura muy similar a la instigación del Derecho Penal Internacional (diferente a la coautoría material impropia<sup>1440</sup>), donde una persona provoca dolosamente a otra para cometer un crimen<sup>1441</sup>, mediante incentivos como obsequios o promesas, o a través de coacciones como amenazas, violencia, inducción al error o el abuso de autoridad, pero sin que el instigador mantenga el control de la actuación delictiva<sup>1442</sup>.

---

<sup>1437</sup> Algunos autores denominan a esta dependencia como *principio de accesoriedad*. Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Ed. Tecnos, 1990. p. 255.

<sup>1438</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rad. 29221. En el mismo se pronuncia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 12 de febrero de 2014, Rad. 40214.

<sup>1439</sup> Esta posición ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 13 de abril de 2009, Rad. 30125; y Sentencia de 03 de diciembre de 2009, Rad. 32672 y Sentencia del 27 de junio de 2006, Rad. 25068.

<sup>1440</sup> Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado “(...) existe gran distancia conceptual y material entre la conducta realizada por el determinador y la ejecutada por el coautor material impropio, pues el primero no ejerce acto alguno para la configuración el tipo objetivo, solo incide en la voluntad del autor material, en tanto que el segundo realiza comportamientos que por su importancia resultan esenciales para concretar la conducta del tipo penal”. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de agosto de 2015, Rad. 38685.

<sup>1441</sup> Conforme a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha enunciado que las características más relevantes que delimitan esta conducta, “(...) están dados en que aquél se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la voluntad criminal, resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, el consejo o la coacción superable”. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rad. 29221.

<sup>1442</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017.

Respecto a los requisitos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enunciado que

“(…) En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (...); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa (...); en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva (...); en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico”<sup>1443</sup>.

El concepto del determinador en circunstancias que rodean grupos ilegales fue aplicado en el *Caso del Ex Gobernador Salvador Arana Sus*, frente a quien la Corte Suprema de Justicia lo encontró responsable por los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado del alcalde municipal de El Roble – Departamento de Sucre<sup>1444</sup>, de tal manera que podrá ser empleado en los procesos que se adelanten en marco de la justicia transicional, aunque se considera que por tratarse de una modalidad de responsabilidad accesorio, difícilmente volverá a ser utilizada, concentrando los esfuerzos en los máximos responsables.

---

<sup>1443</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de octubre de 2000. Rad. 15610. Posición reiterada en Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rad. 29221 y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 9 de mayo de 2018, Rad. 46263.

<sup>1444</sup> En la investigación, se logró establecer que “(…) Arana Sus, teniendo en cuenta además, su influencia social y política al desempeñarse como Gobernador Departamento de Sucre y su antecedente de gestor y colaborador efectivo de los grupos armados irregulares, provocó, generó o infundió en su referente, que no era otro que el líder de esas mismas organización criminal, Rodrigo Antonio Mercado Pelufo, alias ‘cadena’, tanto la idea como la voluntad criminal de desaparecer y dar muerte a Eudaldo León Díaz Salgado, resultado del convenio de ejercer en forma conjunta el programa de continuidad, coordinación y fortalecimiento de sus actividades dentro del rol que a cada uno le pertenecía, siendo necesario y aconsejable eliminar los obstáculos que ponían en evidencia su trasiego delictual”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex gobernador del Departamento de Sucre, Salvador Arana Sus*, Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Rad. 32672.

A su vez, se consagra la modalidad de participación de complicidad, entendida como aquella atribución de responsabilidad respecto a “(...) quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma”<sup>1445</sup>. En este caso, una persona suministra colaboración a otra en la realización de un delito cometido dolosamente<sup>1446</sup>, o brinda una ayuda posterior, mediada por un acuerdo previo o concomitante del hecho punible<sup>1447</sup>.

Conforme a la definición, se pueden destacar como características esenciales, y ante su ausencia la conducta sería atípica. En primer lugar, la existencia de uno o varios autores; en segundo lugar, los actores deben tener una identificación respecto a los crímenes a cometer, ya sea como autores principales o accesorios; en tercer lugar, la existencia de un acuerdo frente a lo que cada sujeto va a efectuar expreso o tácito, previo, concomitante o posterior a la ejecución del acto; por último, la existencia de dolo tanto en el autor como en el cómplice<sup>1448</sup>.

Esta modalidad puede presentarse por silencio (en aquellos casos donde el actor no ejerce ningún acto frente a las violaciones de Derechos Humanos); directa o por beneficio, donde se ha expresado

“La complicidad directa incluye casos de incentivar o facilitar la comisión de violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, por proveer al Estado o a grupos armados no estatales financiamiento, productos o servicios como armas o vehículos militares, sabiendo que ellos se usarán en la dictadura o el conflicto. Se habla de complicidad por beneficio cuando una empresa se beneficia de las violaciones a los derechos humanos, como por ejemplo, en el caso de Sudáfrica, por operar en el contexto del sistema del apartheid y tener acceso a mano de obra muy barata”<sup>1449</sup>.

Conforme a lo anterior, es relevante probar la clase de aporte realizado por el cómplice, puesto que como lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia

---

<sup>1445</sup> Artículo 30 del Código Penal. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 31 del Código Penal Militar.

<sup>1446</sup> Véase LÓPEZ PEREGRIN, M. *La complicidad en el delito*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1997. p. 80 y ss.

<sup>1447</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 9 de marzo de 2006, Rad. 22327.

<sup>1448</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 4 de abril de 2003, Rad. 12742. Posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 8 de febrero de 2017, Rad. 46099.

<sup>1449</sup> MICHALOWSKI, S., CARDONA, J. P. “Responsabilidad corporativa y justicia transicional”. En *Anuario de Derechos Humanos*, 11, 2015, pp. 173-182.

“(…) para atribuir una conducta de complicidad, se requiere de la existencia de un vínculo o nexo de causalidad necesario entre la acción desplegada por quien fue acusado como cómplice y el resultado producido por la acción principal ejecutada por los coautores, lo que se traduce en la acreditación de que la persona haya contribuido elevando la posibilidad de producción del hecho antijurídico, esto es, la demostración de un riesgo adicional, relevante y atado a la causalidad, para el bien jurídico tutelado y el incremento de la oportunidad de éxito para los ejecutores”<sup>1450</sup>.

De acuerdo a lo anterior, conforme a la teoría de la determinación o inducción<sup>1451</sup>, la posibilidad de aplicar la complicidad como modalidad de imputación de los crímenes internacionales en los procesos de justicia transicional estará dada bajo la eventualidad en que los mandos medios convenzan a los ejecutores materiales, puesto que su labor se circunscribe a transmitir en cadena las órdenes de los superiores<sup>1452</sup>. A su vez, las personas que se ubican en la parte más alta de la organización, responderán como determinadores e inductores, puesto que los ejecutores materiales de los delitos realizan las conductas típicas en razón del propósito de los altos mandos; y los sujetos que realizan los actos ejecutivos deben responder como autores inmediatos o directos, en tanto ellos ejecutan la conducta criminal<sup>1453</sup>.

En este entendido, la JEP podría emplear esta forma de imputación en los asuntos que se encuentren bajo su competencia. Lo relevante es que frente al cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones de los Derechos Humanos y las infracciones al DIH por parte del Estado, el operador jurídico cuenta con una amplia gama de posibilidades a las que puede acudir, a pesar de la existencia de vacíos o puntos de confusión<sup>1454</sup>.

---

<sup>1450</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de mayo de 2016, Rad. 41758. Posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 22 de mayo de 2019, Rad. 50874.

<sup>1451</sup> Expone la Corte Constitucional que según esta teoría “(…) los dirigentes ordenan y deciden el delito son inductores, los intermediarios que convencen a los ejecutores son cómplices, y los ejecutores son autores inmediatos. Con respecto a los mandos medios, que únicamente transmiten en cadena las órdenes de los superiores, se afirma que solo podrían ser cómplices de los delitos y no autores mediatos”. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. Píe de página 1031.

<sup>1452</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en derecho penal*, *Óp. Cit.*

<sup>1453</sup> Cfr. SUÁREZ LÓPEZ, C. A. “Aproximación a la problemática de la responsabilidad de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio del Derecho Comparado”, *Óp. Cit.*, pp. 9-54; DONNA, E. A. *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni 2005, pp. 60 y ss; SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, *Óp. Cit.*, p. 332.

<sup>1454</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par 5.5.1.9.

En cuanto al interviniente, el artículo 30 del Código Penal establece que será quien “(...) no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización”<sup>1455</sup>. Bajo esta definición, la persona que participe de la comisión del crimen sin que en él concurran las condiciones de determinador o cómplice, será sancionado con una reducción punitiva. Al respecto la Corte Suprema de Justicia expresó

“(...) cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquel que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor del delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna dicha condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurran a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”<sup>1456</sup>.

Aunque esta forma de participación no es de interés particular para los crímenes internacionales, puesto que corresponde a aquellas infracciones requieran de autor cualificado, por ello, será de aplicación muy excepcional, debido a que solo opera frente a los delitos especiales, y se refiere únicamente a quien, en concurso con el autor, realiza la conducta descrita en el verbo rector pero no cumple con los requisitos exigidos por el tipo penal para constituirse como autor<sup>1457</sup>.

---

<sup>1455</sup> En el mismo sentido se pronuncia el artículo 31 del Código Penal Militar.

<sup>1456</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de abril de 2006. Rad. 22146. Posición reiterada en Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rad. 29221.

<sup>1457</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 015 de 2018. par 3.1.2.



## CAPITULO V

### LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL SUPERIOR POR CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

La responsabilidad de los superiores por omisión en el caso de delitos cometidos por sus subordinados se ha constituido en una forma de luchar contra la impunidad en el caso de graves violaciones a los Derechos Humanos y crímenes internacionales. A su vez, este ha sido un mecanismo para evitar que esas conductas puedan repetirse o persistan en el futuro, que en palabras de la CPI “El hecho de que un jefe haya omitido castigar crímenes en el pasado tiende a aumentar el riesgo de que se cometan nuevos crímenes”<sup>1458</sup>.

En la ejecución de operaciones militares, se genera una organización de las labores a desarrollar, donde unas personas se encargan de las situaciones estratégicas, y otras de la realización material de las decisiones que surgen de aquellas. Para el caso de los crímenes internacionales es relevante establecer modalidades de imputación más consistentes para poder llegar hacia quienes tienen un mayor grado de responsabilidad dentro de los grupos, independientemente si es o no ejecutor material del delito, puesto que se aprovechan de su posición dominante en la organización para realizarlos.

Justamente el concepto de responsabilidad del superior, especialmente en relación con jefes militares, se encuentra enraizado en el entendimiento de que

“(…) en virtud de la autoridad que portan, los comandantes están preparados para ejercer control sobre sus tropas y las armas que utilizan; más que cualquier otra persona pueden evitar infracciones creando el estado mental apropiado, asegurando el uso racional de los medios de combate y manteniendo disciplina”<sup>1459</sup>.

En las siguientes líneas se analizará lo correspondiente a la responsabilidad omisiva de los superiores jerárquicos, entendiendo que esta modalidad de imputación penal tiene un origen fundamentalmente en el Derecho Penal Internacional, lo que obliga su análisis pormenorizado.

---

<sup>1458</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 424.

<sup>1459</sup> TPIY. *Caso The persecutor c. Hadzihasanovic*, sentencia de 16 de julio de 2003, No. ICTY-01-47-AR42, par. 22 y 23.

## 1.- La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional

La responsabilidad del superior por omisión, es como lo manifiesta AMBOS, una “(...) creación jurídica originaria del derecho penal internacional”<sup>1460</sup>, sin que se haya acudido a antecedentes en legislaciones internas para su formulación. Bajo este concepto, será responsable de aquellos delitos realizados por los subordinados, aquel superior que lesione de forma reprochable deberes que debe ejercer y le son asignados sobre las personas que se encuentran bajo su control<sup>1461</sup>.

Actualmente se habla de “responsabilidad del superior”, más no de “responsabilidad de mando”, aceptándose la posibilidad de juzgar no solo a los militares, sino también a civiles, tal como se recoge en el artículo 28 del ECPI. Incluso se considera como parte del Derecho Internacional consuetudinario, bajo las razones y argumentos que se explicará en líneas siguientes.

Como forma de imputación, el principio de responsabilidad del superior hace referencia a aquella que es aplicable a los miembros con alto rango en las fuerzas militares, así como de los grupos milicianos, por los crímenes cometidos por sus subordinados, que se atribuye por la inactividad u omisión en el actuar de las personas que tiene a su cargo<sup>1462</sup>. De esta manifestación ya podemos indicar que debe darse una relación de superior-subordinado, quien es el autor directo del crimen, así como el conocimiento que la conducta punible iba a cometerse o estaba siendo cometida. En ese contexto, ha sido reconocida por VAN SLIEDREGT como “(...) una herramienta importante para castigar a aquellos que están en posiciones de autoridad por su falta de supervisión sobre personas a su cargo o

---

<sup>1460</sup> AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, (Óp. Cit., p. 296.

<sup>1461</sup> Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 383.

<sup>1462</sup> Al respecto, AMBOS expresa que “(...) la responsabilidad del superior es una creación jurídica originaria del derecho penal internacional la cual, si bien puede ser adjudicada en un plano absolutamente general a los modelos de imputación fundados en la vigilancia del superior, no tiene ningún paralelo directo en los derechos nacionales (...)”. AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Óp. Cit., p. 74. En el mismo sentido, VAN SLIEDREGT ha manifestado que el “concepto de responsabilidad del superior expresado en los artículos 6/7(3) de los Estatutos del TPIR/Y (y 28 del ECPI) es un concepto curioso. Está formulado como una extensión de la responsabilidad del subordinado, en dónde el superior es responsable tanto por su propio incumplimiento del deber de intervenir como por los crímenes cometidos por el subordinado”. VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, Óp. Cit., p. 219.

bajo su autoridad”<sup>1463</sup>, pero también como una particularidad del Derecho Penal Internacional<sup>1464</sup>.

Bajo esta idea, la responsabilidad del superior, sea militar o civil, se funda en el incumplimiento del deber de actuar para impedir o contener la comisión de conductas punibles por parte quienes se encuentran bajo sus ordenes (subordinados), puesto que sobre ellos tiene un control o supervisión. Diferente a lo que sucede cuando el superior emite una orden expresa para cometer un crimen, caso en el cual será responsable penalmente como coautor, autor mediato, instigador, cómplice o encubridor, conforme a las figuras jurídicas que se explicaron en líneas precedentes, de la responsabilidad directa en la comisión de crímenes internacionales.

Al respecto, estos aspectos retoman una gran importancia al momento de analizarse probatoriamente. En primer lugar, debe demostrarse que el superior se encontraba en una posición de mando y control que le facilitaba impedir o detener los delitos de los subordinados. En segundo lugar, el superior debía conocer de la comisión de estos crímenes, o debía, al menos, conscientemente ignorarlos, punto que ha sido especialmente controvertido<sup>1465</sup>.

A su vez, desde la perspectiva dogmática, la relación superior-subordinado en el Derecho Penal Internacional contiene un componente especial, se debe estar en una organización compleja, con la atribución de poder asignar roles al interior de ella, y así se daría una capacidad de influir en la persona que se encuentra a su cargo, de tal manera que una afirmación y orden podría evitar la consecución del resultado.

En las siguientes líneas se procederá a analizar lo correspondiente a la responsabilidad de los jefes militares y superiores en el Derecho Penal Internacional, como se encuentra actualmente en la jurisprudencia de la CPI, sus elementos y características, donde se podrá concluir que infortunadamente actualmente no se tiene la claridad suficiente para su aplicación.

---

<sup>1463</sup> VAN SLIEDREGT, E. *Individual Criminal Responsibility in International Law*, *Óp. Cit.* p. 183–184.

<sup>1464</sup> Vid. MELONI, C. “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pp. 619-637.

<sup>1465</sup> Vid. AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. En *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Coord. por Kai Ambos, pp. 159-227, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 160.

## **2.- Origen y positivación de la responsabilidad del superior en los instrumentos internacionales**

La responsabilidad del superior es una figura propia del Derecho Penal Internacional. Para llegar a esa positivización ha debido darse un desarrollo gradual que inicia en los enjuiciamientos de los diversos crímenes que se dieron en las Guerras Mundiales, así como en los conflictos bélicos regionales, donde se ha ido perfeccionando los fundamentos y elementos característicos de esta forma de imputar la responsabilidad, sin que al momento se pueda considerar que sea un tema resuelto.

No obstante los diferentes enfoques al momento de codificar la responsabilidad de los jefes militares y superiores o de mando, hoy en día este principio está reconocido en la costumbre internacional, ésta sigue y seguirá siendo un concepto de responsabilidad penal valioso, que complementa otras formas de responsabilidad penal propiamente directas, como ordenar, planificar o instigar, al establecer una forma específica para aquellas personas que ostentan posiciones de autoridad.

En el presente acápite del escrito, se analizará la evolución histórica de esta forma de imputación de responsabilidad, de manera cronológica, para llegar al estado actual de su concepto, fundamentalmente en el interior de la CPI, debido a eventual aplicabilidad para el caso de Colombia.

### **2.1.- La responsabilidad penal del superior hasta la Segunda Guerra Mundial.**

Se podría manifestar que el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico tiene su origen en la Convención IV de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la Guerra terrestre y el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en el ámbito militar, donde se estableció que el comandante es responsable por los actos de sus subordinados<sup>1466</sup>, posición reiterada posteriormente en otros convenios internacionales, principalmente en el DIH<sup>1467</sup>.

---

<sup>1466</sup> Convención II de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 29 de julio de 1899, Artículo 1.1, y Convención IV relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907, Artículo 1.1. Dichas normas hacen referencia genérica de la responsabilidad del superior.

<sup>1467</sup> Específicamente en los artículos 4 y 39 (campos de prisioneros de guerra) del III Convenio de Ginebra de 1949 y artículo 99 del IV Convenio de Ginebra de 1949.

Pero sería analizando las graves consecuencias de la Primera Guerra Mundial, donde se haría necesario el planteamiento de la responsabilidad penal del superior frente a las omisiones o negligencia de los comandantes por no haber actuado o impedido la ejecución de crímenes, teniendo el deber de hacerlo. Para atender esta situación, se creó la Comisión Sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre Sanciones<sup>1468</sup> (establecida en la Conferencia de Paz de 1919, una vez concluyó la guerra), la cual formuló la necesidad de juzgar y sancionar a las autoridades (militares o civiles, incluso al Jefe de Estado) que emitieron órdenes dirigidas a la comisión de delitos, y a su vez, a quienes omitieron o se abstuvieron de impedir o reprimir dichos crímenes (responsabilidad indirecta)<sup>1469</sup>. Esta última tuvo muchas críticas por parte de las delegaciones de Japón y Estados Unidos de América<sup>1470</sup>.

A su vez, a pesar del fracaso que demostró el tribunal internacional posterior al Tratado de Versalles, dentro de los juzgamientos que adelantó Alemania se encontró el *Caso Emil Müller*<sup>1471</sup>, juzgamiento que se llevó a cabo por haber ejecutado o haber tolerado malos tratos contra cautivos (cargo por el que fue sancionado a 6 meses de prisión) y las condiciones de insalubridad en que se encontraba el campo de prisioneros a su cargo, quienes padecieron graves problemas de salud, cargo del cual al final del proceso fue absuelto, puesto que se pudo constatar que a pesar de las diferentes medidas adoptadas, no se pudo dar el mejoramiento del lugar y consecuentemente la situación de los prisioneros<sup>1472</sup>.

Lo trascendental de este caso es el paso que se dio a analizar la responsabilidad omisiva de los superiores, conjuntamente con otra serie de conductas como la delegación de funciones asignadas dentro de una estructura de organización jerárquica, y la posibilidad de evitar el resultado si se hubiere actuado.

---

<sup>1468</sup> Compuesta por dos delegados de los países vencedores principales (Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia, Japón) y un delegado para Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania y Serbia.

<sup>1469</sup> Informe de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre Sanciones de la Conferencia de Paz de 1919-1920, de 25 de marzo de 1919, en *La documentation internationale, La paix de Versailles*, Vol. III, París, 1930, p. 480.

<sup>1470</sup> Véase GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2016. p. 45 y 46.

<sup>1471</sup> Emil Müller fue un Capitán de reserva del Ejército Alemán que tuvo a su cargo un campo de prisioneros de guerra de origen británico entre abril y mayo de 1918, en Flavy-le-Martel (Francia).

<sup>1472</sup> Caso Emil Müller, en *AJIL*, 16, 1992. p. 691-696.

## 2.2.- La positivación de la responsabilidad penal del superior con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Así como en los conceptos que fueron analizados en el aparte anterior del presente escrito, los enjuiciamientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial adelantados por el TMI de Núremberg y de Tokio, desarrollaron en su jurisprudencia con mayor profundidad la responsabilidad penal de los superiores, imponiendo este principio como uno de los medios de imputación, a pesar de no contar con una estipulación normativa expresa o en particular que lo consagrara, y que sirviera de soporte para los juicios que se llevarían a cabo con posterioridad.

Los Tribunales tomaron como fundamento jurídico el principio de responsabilidad penal del superior del Derecho Internacional consuetudinario, establecido en el derecho de guerra, y lo aplicaron para los enjuiciamientos (tanto para civiles como militares) en los casos *Yamashita*<sup>1473</sup>, *Von Leeb (German High Command Trial)*<sup>1474</sup>, *Pohl y otros*<sup>1475</sup>, *List (Hostage Trial)*<sup>1476</sup>, *Herman Roehling*<sup>1477</sup>, *von Weizsaecker*<sup>1478</sup> y *Karl Rauer and Others*<sup>1479</sup>.

El caso que generó mayor división doctrinal fue el adelantado contra el General *Yamashita*<sup>1480</sup>, enjuiciamiento y decisión que para algunos como AMBOS se constituye en

---

<sup>1473</sup> Sentencia de 4 de febrero de 1946 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

<sup>1474</sup> Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Núremberg, Sentencia de 28 de octubre de 1948 (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 11, 1950, p. 1462).

<sup>1475</sup> Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Núremberg, Sentencia de 3 de noviembre de 1947.

<sup>1476</sup> Este proceso tuvo lugar entre el 8 de julio de 1947 y el 19 de febrero de 1948 en la ciudad de Núremberg ante un tribunal penal militar estadounidense. United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Volume VIII, 34-92 (United Nations War Crimes Commission, London, 1949).

<sup>1477</sup> Tribunal General del Gobierno Militar de la zona francesa de ocupación en Alemania, Sentencia de 1946, *Caso Herman Roehling et consorts (Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 14, 1950, p. 1097; en *Trials of War Criminals, London, 30 junio 1948, Vol. XIV*, anexo b, p. 1088).

<sup>1478</sup> United States c. von Weizsaecker (Ministries case), (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 14, 1950, p. 308).

<sup>1479</sup> Tribunal Militar de Wuppertal (Reino Unido), Sentencia del 18 de febrero de 1946.

<sup>1480</sup> En 1944 el General Tomoyuki Yamashita tomó el mando del ejército Japonés localizado en Filipinas. A finales del mismo año, remitió el lugar de operaciones a unos 250 kilómetros de Manila, en un sector montañoso de Baguio. En febrero de 1945, en este lugar se presentó un enfrentamiento entre el ejército Japonés y el Norteamericano, donde según las denuncias presentadas, el primero asesinó y torturó a un gran número de personas. Otros crímenes fueron cometidos en las regiones de Batangas y Luzon. Vid. AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 161. Respecto a la narración de los hechos se podrá consultar USA. *Trial of General Tomoyuki Yamashita* y PREVOST, A. M., “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, *Óp. Cit.*, p. 305.

el primer asunto basado en el principio de la responsabilidad del superior<sup>1481</sup>. El fundamento jurídico que sirvió para la imputación de cargos fue la violación a las leyes de guerra, por haber fallado y omitido el deber como comandante de controlar las operaciones que realizaron las tropas que se encontraban a su cargo, y que como consecuencia se dieron crímenes graves en las Islas Filipinas contra los ejércitos Aliados, principalmente masacres, asesinatos, torturas y daños contra bienes que no estaban destinados a las necesidades militares (escuelas, hospitales, etc.)<sup>1482</sup>.

A pesar que el procesado manifestó como defensa que las comunicaciones habían sido suspendidas o cortadas, de tal manera que no tenía forma de ordenar o evitar la realización de los crímenes, un Tribunal Penal Militar de los Estados Unidos de América, en sentencia del 7 de diciembre de 1945 dispuso que el procesado había “(...) incumplido disponer de un control efectivo (...) tal cual lo requerían las circunstancias”<sup>1483</sup>, una vez comprobadas las atrocidades. A su vez señaló

“La fiscalía ha presentado evidencia para demostrar que los crímenes fueron tan extendidos y extensivos, tanto en cuanto a duración y área, que ellos por lo menos debieron haber sido conscientemente permitidos por el acusado o secretamente ordenados por el acusado”<sup>1484</sup>.

Si bien es cierto, no se pudo comprobar que las ordenes fueron emitidas secretamente, se optó ir por una situación que si se encontraba comprobada que era el mero conocimiento, unido con el deber de garante o la obligación de actuar, lo que hizo que la responsabilidad penal existiera. En palabras de la primera instancia

“(…) claramente, la asignación del mando de tropas militares viene acompañada por una autoridad específica y responsabilidades de peso. Esto ha sido así en todos los ejércitos a través de historia. Es absurdo, en todo caso, considerar a un comandante como asesino o violador porque uno de sus soldados cometió un asesinato o una violación. Sin embargo, donde el asesinato y la violación y actos viciosos, vengativos son ofensas extendidas, y no hay un intento efectivo por un comandante para descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante puede ser hecho responsable,

---

<sup>1481</sup> AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 161.

<sup>1482</sup> El 25 de septiembre de 1945 el General Yamashita fue detenido por el ejército norteamericano con los cargos “Unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of this command, permitting them to commit brutal atrocities and other high crimes against the people of the United States and of its allies and dependencies, particularly the Philippines”. USA. *Trial of General Tomoyuki Yamashita*. p. 3.

<sup>1483</sup> USA. *Trial of General Tomoyuki Yamashita*. p. 13 y 14. Traducción libre.

<sup>1484</sup> Ibid. p. 34. Traducción libre.

incluso puede perseguirse penalmente, por las ilicitudes de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias concomitantes”<sup>1485</sup>.

Esta decisión fue apelada ante la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, que a pesar de no pronunciarse directamente sobre la sentencia de primera instancia, sino exclusivamente sobre los aspectos procedimentales, se formuló el cuestionamiento si las leyes de guerra atribuyen el deber del superior de adoptar las medidas necesarias para controlar a las tropas que se encuentran bajo sus órdenes, de tal manera que se pueda imposibilitar la ejecución de tales actos, puesto que esta sería una forma de contribuir en la comisión de crímenes, así sea de manera indirecta<sup>1486</sup>, y para el caso del General Yamashita, podría comprometer su responsabilidad individual<sup>1487</sup>. Expresamente la Corte Suprema estadounidense manifiesta:

“Es evidente que la conducción de operaciones militares de tropas cuyos excesos no son limitados por las órdenes o esfuerzos de su comandante, pueden casi con seguridad resultar en violaciones cuya prevención es el propósito del Derecho de los conflictos armados. Su propósito de proteger a la población civil y prisioneros de guerra de las brutalidades de la guerra va a fracasar ampliamente si el comandante de un ejército invasor puede omitir impunemente tomar las medidas razonables para su protección. Por lo tanto, el Derecho de los conflictos armados presupone que sus violaciones serán evitadas a través del control de las operaciones de guerra por comandantes que son responsables por sus subordinados”<sup>1488</sup>.

Bajo este entendido la respuesta fue afirmativa y consideró que quien sea calificado como superior debe demostrar que no le fue posible impedir la comisión del crimen, situación que para el caso en concreto no se dio.

Desde este caso, el Derecho Penal Internacional consuetudinario ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando, debe

---

<sup>1485</sup> Ibid. p. 35. Traducción libre.

<sup>1486</sup> Ibid. p. 43. Traducción libre.

<sup>1487</sup> Véase Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Volumen IV, p. 43. Ver igualmente *Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 48° periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento de las Naciones Unidas A/51/10, suplemento 10, p. 38.

<sup>1488</sup> USA. *Trial of General Tomoyuki Yamashita*. p. 43. Traducción libre.



adoptar medidas especiales para evitar que quienes se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos<sup>1489</sup>.

Las principales críticas que se han formulado a este estándar es que se circunscribe exclusivamente a las fuerzas armadas u oficiales de un Estado, situación que debe ponerse en contexto. Otros cuestionamientos provienen de una eventual carencia de respeto a los principios de legalidad<sup>1490</sup> y culpabilidad. Sobre este segundo punto, PREVOST expresa:

“(…) es un principio general del derecho que las sanciones penales no deberían ser impuestas a nadie sin que exista prueba de la culpabilidad de su parte. Sin embargo, Yamashita, fue condenado y ejecutado por un crimen, por el cual no existía prueba de su culpabilidad, en un juicio en el cual se obviaron las garantías constitucionales mas elementales. Este estudio ha mostrado que, aún bajo la estricta teoría objetiva de la responsabilidad del superior, el comandante Yamashita no hubiera sido condenado. En suma, este trabajo ha demostrado que el veredicto y la decisión de la Corte Suprema fueron en gran parte influidos por el racismo”<sup>1491</sup>.

Para AMBOS, la razón por la que fue sancionado *Yamashita* consiste en que a pesar de no haber “(…) conocido las atrocidades, su ignorancia creaba riesgos que le eran atribuibles. Este enfoque orientado al riesgo está confirmado por la estructura general de los delitos donde existe responsabilidad del superior”<sup>1492</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia de aquel entonces en otros casos se ocupó de manera indirecta de la responsabilidad del superior. En el *Caso Pohl et al*, uno de los acusados era un administrador civil<sup>1493</sup>, de tal manera que se estableció que los superiores podrían tener la calidad de jefe<sup>1494</sup>, planificador<sup>1495</sup> o pertenecer a un nivel político<sup>1496</sup>, ampliando la doctrina a personas que no tienen la calidad de militares.

---

<sup>1489</sup> Vid. AMBOS, K. *Temas del Derecho Penal Internacional*. (Trad. de Fernando del Cacho, Mónica Karaán, Oscar Julián Guerrero). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001. p. 117 y ss.

<sup>1490</sup> Aspecto que ya hemos analizado en líneas precedentes respecto de la competencia de los Tribunales sobre hechos anteriores o lo que se denomina irretroactividad.

<sup>1491</sup> PREVOST, A. M., “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, No. 3, Agosto de 1992, pp. 303-338, The Johns Hopkins University Press, p. 305. (Traducción libre). En el mismo sentido AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 163.

<sup>1492</sup> AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 165.

<sup>1493</sup> Caso US c. Pohl et al., *Trials of Criminal War (TWC)*, vol. V, pp. 958-1163, p. 1011 y 1054.

<sup>1494</sup> Caso US c. Brandt et al., *Trials of Criminal War (TWC)*, vol. II, pp. 171-300; (p. 212- 213)

<sup>1495</sup> Caso US c. Von List et al., *Trials of Criminal War (TWC)*, vol. XI, p. 1281.

<sup>1496</sup> Caso US c. Krauch et al., *Trials of Criminal War (TWC)*, vol. VIII, pp. 1081-1210, p. 1124-1126; Caso US c. Von Leeb et al. *Trials of Criminal War (TWC)*, vol. XI, pp. 462-697, p. 489.

Otro punto que se desarrolló fue el ámbito de la competencia donde el superior debe intervenir, de tal manera que si un crimen se comete en su área, éste tiene la obligación de control y supervisión sobre el mismo, teniendo a su vez el deber de conocer (elemento subjetivo), si recibe información sobre actos atroces realizados por sus dependientes o subordinados<sup>1497</sup>. En este punto, según AMBOS el *Caso de los Rehenes* difiere de lo establecido previamente en el *Caso Yamashita*, puesto que “(...) en la existencia objetiva de amplias atrocidades no fue considerada suficiente para imputar conocimiento subjetivo, a menos que el superior hubiese contado con información concreta acerca de las atrocidades”<sup>1498</sup>.

Por su parte, en el *Caso High Command Case*, se aplicó de manera restrictiva la responsabilidad del superior, solicitando la prueba del conocimiento efectivo, y a su vez, una negligencia injustificada que llegue al punto de la aprobación por de los actos realizados por los subordinados<sup>1499</sup>. Otro punto que incluyó este pronunciamiento fue que la obligación de supervisión o control decae en la medida que el poder del superior disminuye, quitando su aplicación para aquellos oficiales superiores que emiten órdenes desconociendo el contenido de las mismas<sup>1500</sup>.

El Tribunal de Tokio por su parte extendió la doctrina a personas civiles (incluso a miembros del gobierno), principalmente en los enjuiciamientos por crímenes cometidos contra prisioneros de guerra, caso en el cual fueron acusados militares y civiles, puesto que se consideró la existencia de una obligación de supervisión y control respecto al tratamiento que debían tener estas personas<sup>1501</sup>. En el *Caso Mamoru Shigemitsu* el Tribunal manifestó que al ser Ministro de Relaciones Exteriores (entre abril de 1943 y abril de 1945), debió adoptar las medidas necesarias para el bienestar de los prisioneros, y si era de caso generar una posición política, pero como no actuó en ese sentido, fue condenado por violación a las leyes de la guerra<sup>1502</sup>. Esta posición fue muy criticada en la medida que la responsabilidad

---

<sup>1497</sup> Caso US c. Von List et al, *Trials of Criminal War* (TWC), vol. XI, p. 1230 y ss.

<sup>1498</sup> AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 167.

<sup>1499</sup> Caso US c. VON LEEB et al. *Trials of Criminal War* (TWC), vol. XI, pp. 462-697, p. 544.

<sup>1500</sup> *Ibíd.* p. 510. También al respecto Caso US c. VON LIST et al, *Trials of Criminal War* (TWC), vol. XI, p. 1286.

<sup>1501</sup> “The Tokyo Judgement”, *The International Military Tribunal for the Far East* (IMTFE), vol. 1, Amsterdam 1977 (Roling/ Ruter eds.), pp. 29-30

<sup>1502</sup> *Ibíd.* p. 457.

por omisión debería aplicarse de manera restringida y verificar los casos que deban extenderse a los funcionarios del gobierno por actuaciones eminentemente militares<sup>1503</sup>.

De lo anterior, se puede concluir que mediante el *Caso Yamashita* se estableció por primera vez un estándar general sobre la responsabilidad del superior, el cual la jurisprudencia ha ido desarrollando posteriormente, consolidándolo con otros aspectos y criterios que han perfeccionado la figura. Es importante al respecto poner de manifiesto que en la mayoría de los casos estamos frente a una conducta omisiva frente a un deber de actuar y existe una posición de control sobre quienes ejecutan materialmente la conducta<sup>1504</sup>.

En lo que tiene que ver con la regulación internacional, la responsabilidad del superior no fue reglamentada en la Convención Contra el Genocidio de 1948 y en las Convenciones de Ginebra de Derechos Humanitario de 1949. Es en los artículos 86<sup>1505</sup> y 87<sup>1506</sup> del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la

---

<sup>1503</sup> En ese sentido se pronuncia el Juez Röling en el *Caso Hirota*. “A Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behaviour of the Army in the field”; “in a very restricted sense”.

Ibid. p. 1127. Al respecto también se puede consultar GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 69 y 70.

<sup>1504</sup> Vid. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 73 y 74.

<sup>1505</sup> “Artículo 86 – Omisiones:

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

<sup>1506</sup> “Artículo 87 – Deberes de los jefes:

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, expedida en 1977, donde se dan las primeras referencias expresas a la responsabilidad del superior. Estas normas limitan el margen de aplicación, en la medida que el superior solo será responsable cuando conozca o posea información de la comisión del ilícito, distinto a lo que se había enunciado en el *Caso Yamashita*, donde se manifestó que la ausencia de conocimiento no eximía de responsabilidad al superior, pues éste tenía el deber de supervisar el actuar de sus subordinados<sup>1507</sup>.

De conformidad con estas normas, las condiciones para que un superior sea considerado como responsable son<sup>1508</sup>: en primer lugar que la infracción haya sido cometida por uno de los subordinado (relación entre superior y subordinado); en segundo lugar que el superior haya conocido o haya tenido información de la cual se lograra concluir que una infracción fue cometida o podría llegar a ser cometida (elemento subjetivo); y por último, que el superior no adopte las medidas que tenía a su alcance para impedir o contener las infracciones<sup>1509</sup>. Si bien estos elementos y la forma como han sido aplicados serán analizados con mayor profundidad en líneas siguientes, se puede concluir que estas normas conducen a una posición de garante por parte del superior, así como a una responsabilidad del subordinado, como ejecutor del acto.

Otro aspecto importante resulta ser la obligación impuesta a los Estados en el artículo 87.1. del Protocolo I, consistente en exigir a los jefes militares, impedir que sus subordinados y personas que se encuentran bajo su autoridad incurran en infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y si es de caso denunciar estos actos ante las autoridades competentes<sup>1510</sup>. Este aspecto conlleva un deber adicional y calificado, el cual debe ser cumplido en estricto sentido, so pena de poder catalogarse como responsable por su eventual inobservancia.

---

<sup>1507</sup> Vid. APONTE CARDONA, A. *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2010. p. 216.

<sup>1508</sup> Vid. DE PREUX, J. "Article 86" en *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ed. por Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. pp. 1012 y 1013.

<sup>1509</sup> Cfr. AMBOS, K., "La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional". *Óp. Cit.* p. 179 y 180.

<sup>1510</sup> Vid. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 81 y 82.

En los intentos posteriores de establecer dentro del ordenamiento jurídico internacional, la CDI en el artículo 12<sup>1511</sup> del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1991 y el artículo 6<sup>1512</sup> del Proyecto de 1996, establecen casi una redacción similar, pero que de acuerdo a algunos autores como AMBOS<sup>1513</sup> o GARROCHO<sup>1514</sup>, difieren en dos aspectos, en primer lugar el *mens rea*, puesto que la redacción de la segunda norma establece como criterio el “tener razones para saber”, en sentido concordante con el artículo 86 del Protocolo I. En segundo lugar, las medidas que deben adoptar los superiores en uno u otro caso, puesto que en la redacción del proyecto de 1991 hablaba de “medidas factibles”, mientras que ya en 1996 se expresa “medidas necesarias”.

Estos elementos sirvieron de base y fundamento para que posteriormente, tanto los Estatutos del TPIY y del TPIR, así como el propio ECPI, definieran los aspectos característicos de la responsabilidad del superior y la forma como fueron aplicados por la jurisprudencia emitida por dichos tribunales.

### **2.3.- La responsabilidad del superior en la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda**

Como se ha manifestado en líneas anteriores, el desarrollo jurisprudencial internacional frente a graves vulneraciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH que sucedieron en la Ex Yugoslavia y en Ruanda, tuvo su incidencia en la figura de la responsabilidad del superior. Los estatutos que establecieron los Tribunales Ad Hoc, emitidos en el seno de las Naciones Unidas recogen expresamente este concepto, casi en

---

<sup>1511</sup> “Artículo 12.— Responsabilidad del superior jerárquico. El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen, y si no tomaron todas las medidas posibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen”. Se puede consultar la versión inglesa en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, segunda parte, p. 95 y ss.

<sup>1512</sup> “Artículo 6.— Responsabilidad del superior jerárquico. El hecho de que un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían información que les permitiera concluir en las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas factibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen”. Se puede consultar la versión inglesa en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, segunda parte, p. 25 y ss.

<sup>1513</sup> Véase AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 181 y 182.

<sup>1514</sup> Véase GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 84 y 85.

términos idénticos, en los artículos 7.3.<sup>1515</sup> y 6.3.<sup>1516</sup>, cuyo precepto sirvió para el análisis de los acontecimientos y posible aplicación.

El TPIY, en el *Caso Čelebići* estableció que “(...) el principio de responsabilidad penal individual de los superiores por no haber prevenido o castigado los crímenes de sus subordinados forma parte del derecho internacional consuetudinario”<sup>1517</sup>. En este pronunciamiento, se estableció que los requisitos para que opere esta figura serían

“(...) la existencia de una relación superior-subordinado; que el superior sabía o tenía razones para saber que un delito estaba por ser cometido o había sido cometido; y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir el delito ni para castigar al autor en consecuencia”<sup>1518</sup>.

Aunque los elementos serán explicados posteriormente con mayor profundidad, por ahora se puede manifestar que respecto al primer presupuesto, se confirma el hecho que la responsabilidad del superior no es exclusiva de los jefes militares, sino que se extiende a los líderes civiles, lo que ha venido enunciando la jurisprudencia desde los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, incluso en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra. Simplemente se trata de una interpretación a los Estatutos que constituyeron los Tribunales Ad Hoc, donde no existe consideración en ese sentido, y lo que cobra relevancia es la posición de autoridad frente a los subordinados, acreditando la presencia de poderes de control, ya sea formales o de hecho, el cual debe ser material y efectivo<sup>1519</sup>. Bajo este entendido, como lo manifiesta GARROCHO

---

<sup>1515</sup> “Artículo 7: Responsabilidad penal individual (...) 3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores”.

<sup>1516</sup> “Artículo 6: Responsabilidad penal individual (...) 3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”.

<sup>1517</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Čelebići”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T. par. 333- 343.

<sup>1518</sup> *Ibíd.* par. 346. Esta posición fue reiterada posteriormente en TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 289 y ss. y TPIY, *Caso The Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, No. IT-95-14/1-A, par. 69 y ss.

<sup>1519</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Čelebići”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T. par. 370-377; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-

“(…) la responsabilidad del superior se circunscribe así a aquellas conductas delictivas que cometen los subordinados, sometidos al control efectivo del superior, siempre que se acredite, adicionalmente, la capacidad material (*material ability*) del superior de evitar los crímenes o castigar la comisión de los crímenes”<sup>1520</sup>.

Respecto al elemento subjetivo de tener conocimiento efectivo sobre la comisión de los crímenes, se dio una gran polémica sobre la forma como debía probarse, para ello se acudió a los indicios consistentes en la posición de mando que ostenta el superior, lo que permite inferir que conocería de la ejecución de delitos por parte de sus subordinados, aunque debe apoyarse de otros aspectos adicionales<sup>1521</sup>. Frente al tener razones para conocer de la ejecución de crímenes, en un principio la jurisprudencia se manifestaba en el sentido que los superiores no podían omitir ninguna información, puesto que esa actitud sería reprochable por negligente y contraria a sus obligaciones. No obstante, posteriormente este requerimiento se interpretó adicionándole la intencionalidad del superior al momento de omitir, de tal manera que no podría invocar ignorancia de los hechos cuando previamente habría sido informado<sup>1522</sup>.

Frente al tercer requisito, resulta ser un desarrollo del control efectivo sobre los subordinados, y deben ser de posible cumplimiento por parte del superior, las cuales se analizarán cada caso en concreto, de tal manera que no se le imponga una carga que sea imposible de cumplir<sup>1523</sup>. Lo que si resulta claro son las medidas que puede adoptar, determinadas por el instante en que el superior se enteró de la ejecución del crimen<sup>1524</sup>, consistentes en deberes de prevención (hechos futuros) y deberes de sanción (hechos pasados).

---

95-14-T, par. 300. Vid. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., 2016. p. 93.

<sup>1520</sup> GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 92.

<sup>1521</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T, par. 386; TPIR, *Caso The prosecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T, par. 45; TPIR, *Caso The prosecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 15 de mayo de 2003, No. ICTR-97-20-T, par. 404.

<sup>1522</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T, par. 393. Vid. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 98.

<sup>1523</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T, par. 395.

<sup>1524</sup> Cfr. TPIY, *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 29 de julio de 2004, No. IT-95-14-A, par. 83.

Por su parte, el TPIR analizó por primera vez la responsabilidad del superior en el *Caso Akayesu*, estableciendo que se emplea tanto para militares y civiles, debiéndose analizar caso a caso si se tiene la capacidad de adoptar las medidas necesarias<sup>1525</sup>, porque a modo de ejemplo, en ese caso no se logró comprobar la existencia de un control efectivo, de tal manera que se rechazó su aplicación<sup>1526</sup>. Posteriormente, el *Caso Kayishema et Ruzindana*, trajo a colación los presupuestos establecidos por el TPIY en el *Caso Čelebići*, incluso hace referencia al artículo 28 del ECPI, concluyendo que las modalidades de responsabilidad del superior y la individual no son excluyentes<sup>1527</sup>.

El desarrollo de la responsabilidad del superior dado por la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc resulta de gran importancia para la consolidación de los elementos y requisitos para su aplicabilidad y análisis conforme a los hechos que se puedan presentar. No obstante, tal como lo pone de presente GARROCHO<sup>1528</sup>, de la jurisprudencia del TPIY no se puede deducir claramente cual es la naturaleza jurídica de este concepto, en la medida que existen casos donde parecería condenarse la omisión realizada por los superiores frente a las conductas delictivas de los subordinados (como en el *Caso Čelebići*), mientras que en otros se sanciona el deber de actuar de los superiores (como el *Caso Oric*<sup>1529</sup> o el *Caso Halilovic*<sup>1530</sup>), aspecto que debería ser resuelto por la CPI.

#### **2.4.- La responsabilidad del superior en el ECPI.**

Al igual que los Estatutos de los Tribunales Ad Hoc, el ECPI establece en el artículo 28<sup>1531</sup> la responsabilidad del superior, con ciertas diferencias que permiten una

---

<sup>1525</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T, par. 491.

<sup>1526</sup> Ibid. par. 691.

<sup>1527</sup> Cfr. TPIR, *Caso The persecutor c. Kayishema y Ruzindana*, sentencia del 21 de mayo de 1999, No. ICTR-95-1-T, par. 208-251.

<sup>1528</sup> Vid. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 121 y ss.

<sup>1529</sup> Cfr. TPIY. *Caso The persecutor c. Naser Oric*, sentencia de 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T, par. 292-306.

<sup>1530</sup> Cfr. TPIY. *Caso The persecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T, par. 54.

<sup>1531</sup> El artículo 28 del ECPI dispone lo siguiente: “Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban



interpretación más allá de la plasmada en el Derecho Internacional y consuetudinarios y la jurisprudencia que se había pronunciado al respecto, pero con una consagración más completa.

Lo primero que debe enunciarse es que la responsabilidad del superior se consagra como una forma de intervención delictiva *sui generis*, adicional a las establecidas en el artículo 25 del ECPI (responsabilidad directa)<sup>1532</sup>. El contenido se centra en la omisión de un deber, pero no se considera como un delito de omisión, puesto que el superior responde por los crímenes que comete el subordinado, pero en un grado inferior<sup>1533</sup>.

Si bien es cierto, los elementos y características serán desarrollados en líneas siguientes, por ahora se puede afirmar y poner de presente a grandes rasgos las diferencias que contiene la disposición normativa. En primer lugar, como no había sucedido con anterioridad, el ECPI consagra la responsabilidad para superiores tanto civiles como militares<sup>1534</sup>. Los dos tipos de responsabilidad comparten algunos requisitos superpuestos así como algunas distinciones. Para subrayar por ahora, la responsabilidad de los jefes militares (Artículo 28 par. a) se encuentra en oposición de la responsabilidad de los superiores (Artículo 28 par. b) en el estatus de la relación superior-subordinado, las clasificaciones del control sobre las fuerzas o subordinados y un requisito adicional en el elemento subjetivo.

---

cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

<sup>1532</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 174; CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 408.

<sup>1533</sup> Cfr. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 387.

<sup>1534</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 408.

Otra situación distinción radica en la forma como se define la responsabilidad del superior, donde se enuncia expresamente que “(...) serán responsables por los crímenes cometidos por sus fuerzas o subordinados”, asunto que no se establecía en ese sentido en las otras normas que hemos comentado. En este sentido recobra mayor importancia el *mens rea* del superior, donde VAN SLIEDREGT opina:

“La estructura del Artículo 28 es compleja. La norma encierra dos omisiones. Una de ellas general, en el ‘*chapeau*’, redactada en términos de un ‘delito de resultado’ a través del nexo causal explícito (un superior es responsable cuando no ‘ejerce control adecuadamente’ y como resultado de ello, se cometieron ciertos crímenes) y una omisión más específica en los apartados (a)(ii) y (b)(ii) (él/ella ‘no tomó todas las medidas (...) para prevenir o reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes’). Tanto la omisión general/del *chapeau* como la omisión específica —al menos en lo concerniente al elemento ‘sabía’— necesitan ser interpretadas de acuerdo con el Artículo 30 del Estatuto, que contiene una regla residual sobre el elemento subjetivo”<sup>1535</sup>.

Otra diferencia relevante es el componente obligacional del superior. El artículo 28 del ECPI consagra tres diferentes deberes que deberán tenerse en cuenta, en primer lugar está el adoptar “todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir” la realización de delitos que se encuentren bajo la competencia de la CPI. En el caso que se hayan ejecutado, está el reprimir su comisión o “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación o enjuiciamiento”<sup>1536</sup>. Como estas obligaciones contienen hipótesis fácticas independientes, se podría concluir que el incumplimiento de las mismas, podría dar lugar a la responsabilidad del superior (claro está, de cumplirse los demás requisitos)<sup>1537</sup>.

En cuanto a los elementos objetivos que componen la responsabilidad del superior de acuerdo al ECPI, la CPI en el *Caso Bemba*<sup>1538</sup> y el *Caso Ntaganda*<sup>1539</sup> determinó que el

---

<sup>1535</sup> VAN SLIEDREGT, E. “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity” en *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (comps.), New York: Oxford University Press, 2011. p. 392.

<sup>1536</sup> Artículo 28.a.(ii). del ECPI.

<sup>1537</sup> Vid. COTE-BARCO, G. E., “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional?”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 28 International Law, pp. 49-112, 2016. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-28.rsjr>. p. 61 y ss

<sup>1538</sup> Véase CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 407.

<sup>1539</sup> Véase CPI, *Caso The prosecutor c. Bosco Ntaganda*. Sentencia del 9 de junio de 2014 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/04-02/06, par. 164 y ss.

acusado o procesado debe ser una persona que actúe efectivamente como jefe militar o no militar; dicha persona debe contar con un control o mando, el cual será efectivo con una autoridad sobre las fuerzas que ejecutan las conductas consideradas como crímenes en el ECPI; los delitos realizados por los subordinados son consecuencia de la carencia de control adecuado sobre estos agentes; el procesado no adoptó las medidas o decisiones necesarias y razonables que se encontraban a su alcance para imposibilitar la comisión de los delitos, o no denunció los hechos para que sean enjuiciados y sancionados por la autoridad competente; el acusado debía tener conocimiento de la comisión de los crímenes, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron<sup>1540</sup>. Si estos elementos se cumplen efectivamente, conjuntamente con el *mens rea*, se concretaría la responsabilidad del superior<sup>1541</sup>.

Los requisitos tanto objetivos como subjetivos de la responsabilidad del superior en el ECPI serán explicados y analizados con mayor profundidad en líneas siguientes.

### **3.- Elementos de la responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional.**

El principio de responsabilidad del superior es hoy en día una norma de Derecho Internacional consuetudinario, aplicable tanto para conflictos internacionales, como internos, apoyado en el ordenamiento jurídico y jurisprudencia<sup>1542</sup>, aplicable tanto para civiles como paramilitares.

Cuando se habla de la forma como se atribuye la responsabilidad a los superiores por los actos de los subordinados, podríamos encontrar una que deviene directamente, que se presenta cuando se emiten órdenes o decisiones encaminadas a la ejecución del delito, donde se estaría frente a las figuras que ya fueron explicadas en líneas anteriores de autoría o participación, dependiendo de cada caso en concreto. Por su parte, la otra manera se considera como indirecta, la cual se presenta cuando el superior tuvo razones para hacerlo o

---

<sup>1540</sup> Cfr. GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad del superior por omisión” en *Derecho Penal Internacional*, Coord. por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 233-252. Madrid: Editorial DYKINSON, 2016, p. 237.

<sup>1541</sup> Cfr. AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 195. y AMBOS, K. “Superior Responsibility”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), New York: Oxford University Press, 2002, p. 849-850.

<sup>1542</sup> En ese sentido se pronuncia la CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen No. 1 normas, Ed. CICR, 2007, p. 632 y ss.

conoció que el subordinado estaba cometiendo delitos, o cuando no tomó las medidas necesarias para prevenir el crimen o sancionar al perpetrador, es decir, actuó de forma omisiva<sup>1543</sup>.

A su vez, algunos autores como AMBOS<sup>1544</sup> ponen de manifiesto que la forma como el artículo 28 del ECPI se constituye es en un delito de omisión<sup>1545</sup> (posición unánime sobre el tema), cuyo componente objetivo es el incumplimiento de un deber de supervisión de las actuaciones de los subordinados por parte del superior, lo que en principio lo sacaría de la ejecución del delito, al no tener una contribución en el mismo, puesto que si eso llegare a suceder, el superior sería cómplice, y la responsabilidad del superior por omisión pasaría a ser un concepto con aplicación subsidiaria, lo cual deberá analizarse caso a caso<sup>1546</sup>. Lo importante es definir claramente al momento de la acusación la razón que sirve de fundamento para imputar o condenar al procesado, lo que al final de cuentas determinará la naturaleza de la culpabilidad y la responsabilidad penal.

Los elementos esenciales que determinan la responsabilidad indirecta, como se ha venido afirmando en líneas anteriores, en términos generales, son en primer lugar la condición de superior de la persona; en segundo lugar el control efectivo del superior sobre el subordinado; tercero el nexo de “causalidad” entre la omisión del superior y los crímenes efectivamente cometidos; en cuarto lugar está el elemento subjetivo o *mens rea* conforme al artículo 28 del ECPI; y por último no haber adoptado todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión del crimen o ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes.

Estos puntos fueron aclarados por la CPI en el *Caso Bemba*, sin que se impongan aspectos adicionales, donde se manifiesta que para la aplicación de este concepto se

---

<sup>1543</sup> Cfr. ARNOLD, K. y TRIFFTERER, O. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article”. En: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto. (Ed.). Munchen: Nomos, 2014. pp. 795-843. p. 798.

<sup>1544</sup> Véase AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 197 y 198.

<sup>1545</sup> Manteniendo la posición plasmada por el TPIY. *Caso The persecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T.

<sup>1546</sup> El TPIR en el *Caso Kayishema* expresa: “El encontrar responsabilidad bajo el artículo 6(1) (responsabilidad individual) no impide encontrar responsabilidad adicionalmente, o alternativamente, bajo el artículo 6(3) (responsabilidad por el mando). Las dos formas de responsabilidad no son mutuamente excluyentes. El Tribunal debe, entonces, considerar ambas formas de responsabilidad a efecto de reflejar plenamente la culpabilidad del acusado a la luz de los hechos”. TPIR, *Caso The persecutor c. Kayishema y Ruzindana*, sentencia del 21 de mayo de 1999, No. ICTR-95-1-T, par. 210.

requiere que el sospechoso tenga la condición de jefe militar o de una persona que ejerza efectivamente tal función; y que el crimen cometido por los subordinados sea el resultado del hecho que el superior no ejerció su control efectivo sobre las tropas bajo su mando<sup>1547</sup>.

Cada elemento será analizado de forma detallada en las líneas siguientes, prestando atención en aquellos problemas específicos que permitan una adecuada comprensión del concepto.

### **3.1.- El sujeto activo: la determinación de superior del responsable.**

El primer aspecto que se debe aclarar es el sujeto a quien le es aplicable la responsabilidad del superior de acuerdo al artículo 28 del ECPI, puesto que la jurisprudencia de la CPI ha enunciado que el acusado debe ser un jefe militar o no militar, actuar indudablemente en esa condición o tratarse de un superior civil, es decir no militar<sup>1548</sup>. Por ello es importante tener en cuenta el principio de distinción entre combatientes y civiles, también por la protección que se otorga a unos y a otros en el DIH.

Ya en líneas previas, se puso de presente que esta norma, por primera vez en el ordenamiento jurídico internacional, realizó una distinción entre superiores militares y superiores civiles (denominados por la norma como *otros superiores*)<sup>1549</sup>, situación que no sucedía puesto que anteriormente, en los artículos 7.3 del Estatuto del TPIY y 6.3 del Estatuto del TPIR se hacía alusión genérica e indistinta<sup>1550</sup>. Justamente esta es la razón por

---

<sup>1547</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636; CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343; CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424.

<sup>1548</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 408.

<sup>1549</sup> Propuesta establecida por la delegación de Estados Unidos de América en las negociaciones del Estatuto de Roma en 1998, quienes sostuvieron que las organizaciones militares de las civiles requerían un tratamiento diferente. Véase GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 132.

<sup>1550</sup> El TPIY, en el *Caso Čelebići* expresa: “El poder o autoridad para prevenir o para castigar no surge solamente de la autoridad de iure conferida a través de una designación oficial. En muchos conflictos contemporáneos es posible que sólo haya gobiernos de facto, autoproclamados y, por lo tanto, ejércitos de facto y grupos paramilitares subordinados a ellos. La estructura de mando, organizada de forma apresurada, bien puede ser desordenada y primitiva. En estas circunstancias, para aplicar el derecho es necesario determinar la responsabilidad no sólo de los autores individuales sino también la de sus jefes u otros superiores que, según la evidencia, estaban en control de ellos sin un mandato o designación formal. Sería imposible para un tribunal aplicar el derecho internacional humanitario en contra de los superiores de facto si sólo aceptara como prueba

la que se habla de responsabilidad del “superior” y no “de mando”, pero si resulta relevante que ostente una jerarquía que le permita emitir órdenes y generar que los subordinados las cumplan, lo que podríamos entender como control<sup>1551</sup>.

Este punto tiene una relevancia trascendental porque se deberá interpretar entre los jefes militares de *iure* o *stricto sensu*; jefes militares de *facto*, conforme al artículo 28. a); y los superiores no militares, de acuerdo al artículo 28. b) del ECPI. Este punto es muy importante, puesto que a los superiores militares se les impone en el elemento subjetivo de la figura, donde se está entre un supuesto doloso, por no evitar la realización de los crímenes, y por otro lado, una actuación imprudente que se demuestra con la ausencia de control o desconocimiento de la comisión de los crímenes.

Por su parte, para los superiores civiles, la exigencia es mayor y se requiere, por un lado, que tenga conocimiento de los crímenes de sus subordinados, o que deliberadamente haga caso omiso de la información que revelase manifiestamente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se planteaban cometerlo, de tal manera que se estaría ante una responsabilidad dolosa, considerándose inaplicable la responsabilidad por imprudencia, lo que para algunos como GARROCHO podría ser asimilable al dolo eventual<sup>1552</sup>.

Justamente este punto debe analizarse con mayor profundidad los componentes y características que determinan los conceptos y figuras de superiores militares de *iure*, de *facto* y civiles, para trazar una frontera que permita aclarar la aplicación del artículo 28 del ECPI, principalmente con la interpretación dada por la CPI en el *Caso Bemba*. Lo que si podría dejarse claro es que del ECPI se puede deducir el compromiso con el enjuiciamiento de quienes se encuentran en los niveles más altos de las jerarquías, procurando cubrir las

---

de la autoridad de mando una designación formal de autoridad, más allá del hecho de que, en la época en cuestión, los superiores actuaron con todos los poderes con los de que gozaría cualquier superior o jefe oficialmente designado”. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al.* (“*Celebici*”), sentencia del 21 de febrero de 2001, No. IT-96-21-A. par. 193.

<sup>1551</sup> Vid. AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 205.

<sup>1552</sup> Cfr. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 134 y 135.

carencias probatorias al momento de aplicar la responsabilidad directa de los superiores, frente a los crímenes realizados por los subordinados<sup>1553</sup>.

### 3.1.1.- Los jefes militares de iure y los jefes militares de facto

Los superiores militares pueden dividirse entre jefes de *iure* y jefes de *facto*. Esta diferenciación viene dada desde la jurisprudencia del TPIY en el *Caso Čelebići*<sup>1554</sup>, aunque posteriormente fue confirmada en otros casos<sup>1555</sup>.

Se debe manifestar que los primeros son aquellos que formalmente y legalmente hacen parte de las fuerzas armadas de una parte en el conflicto, y ejerce un mando sobre las tropas para desempeñar actividades de combate, conforme a las funciones otorgadas en la regulación al respecto<sup>1556</sup>. La CPI en el *Caso Bemba* expresó que los jefes militares de *iure* son “(...) designados formal o legalmente para llevar a cabo funciones de mando militar, lo cual incluye a personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas”<sup>1557</sup>. Incluso si dentro de la organización se reconoce la existencia de una posición (autorregulación), y se imponen los requisitos y formalidades para acceder a ella, aquel que haya cumplido con los mismos sería un jefe de *iure*.

Por su parte, los segundos son quienes fácticamente tienen el control sobre grupos de personas que participan continuamente en las hostilidades dentro de un conflicto armado, es decir, civiles que actúan como si fueren militares<sup>1558</sup>. La CPI en el *Caso Bemba* afirmó que “(...) ostentan autoridad y control sobre fuerzas gubernamentales regulares o

---

<sup>1553</sup> Cfr. WERLE, G. *Principles of the International criminal law*, 2a Ed, La Haya: TMC Asser Press, 2009. pp. 165-185.

<sup>1554</sup> Véase TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al.* (“*Celebici*”), sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T. par. 345.

<sup>1555</sup> Véase TPIY. *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 300; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, No. IT-95-14/1-A, par. 76.

<sup>1556</sup> Conforme al DIH, fundamentalmente al artículo 43 y siguientes del Protocolo I Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949. Cfr. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 164; y GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad del superior por omisión” en *Óp. Cit.*, p. 238. Al respecto se puede consultar METTRAUX, G., *The Law of Command Responsibility*, New York: Oxford University Press, 2009, pp. 122-123.

<sup>1557</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 408. En el mismo sentido CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 176.

<sup>1558</sup> Cfr. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 164; y GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad del superior por omisión” en *Óp. Cit.*, p. 238.

irregulares (rebeldes, paramilitares, movimientos armados de resistencia y milicias) que siguen una estructura de jerarquía militar o cadena de mandos”<sup>1559</sup>. En este punto, de acuerdo a la forma como se han llevado a cabo los conflictos actualmente, podrían incluirse grupos paramilitares y guerrilleros, puesto que sin pertenecer formalmente a las Fuerzas Armadas estatales o adscritos a éstas, combaten como parte en un conflicto armado internacional o interno, haciendo exigible lo consagrado en el artículo 28. a) del ECPI<sup>1560</sup>.

Actualmente se reconoce que estas personas puedan ser objeto de responsabilidad del superior, siempre y cuando nos encontremos en una relación de control (situación que se explicará posteriormente), ya que no se estaría ante una relación jurídica de superior-subordinado, a lo que WERLE y JESSBERGER expresan que “(...) por regla general este control existirá de *iure* y se derivará de un contexto jurídico; sin embargo es suficiente que el superior ostente *de hecho* facultades efectivas de control”<sup>1561</sup>.

No obstante lo anterior, la CPI no parece emitir una posición que efectivamente logre diferenciar a los jefes de *iure* de los de *facto*, lo que resulta trascendental al momento de determinar el elemento subjetivo a aplicar en cada caso, puesto que en el *Caso Bemba* expresa que el procesado “(...) sirvió como comandante en jefe *de iure* al ALC y también ostentó el control *de facto* sobre los comandantes del MLC”<sup>1562</sup>. Para GARROCHO

“La determinación del estatus militar de hecho o de derecho no parece depender de si el superior ostenta o no dicho mando, autoridad y control sobre los subordinados, sino del carácter militar o cuasi-militar de la organización que él dirige en contraposición con las organizaciones civiles, que tienen rasgos distintos de las estructuras militares o asimiladas. Por ello, el razonamiento de la Sala se vuelve oscuro y no permite trazar una delimitación sólida acerca de los dos elementos enunciados. A mi juicio, el imputado Bemba Gombo debe ser considerado como un jefe militar de hecho, a pesar de que quedase probado que fue elegido como Presidente y Comandante en Jefe del Movimiento de Liberación de Congo y su sección militar, compuesto por el Ejército de Liberación de Congo”<sup>1563</sup>.

---

<sup>1559</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 410.

<sup>1560</sup> Cfr. ARNOLD, K. y TRIFFTERER, O. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article”. *Óp. Cit.*, p. 826.

<sup>1561</sup> WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 389.

<sup>1562</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 457.

<sup>1563</sup> GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo” *Óp. Cit.*, p. 157.



Conforme a lo anterior, se puede concluir que el aspecto mas relevante que la CPI deberá verificar es la condición de las organización que ejecuta los crímenes, de tal manera que si se trata de una estructura militar que participa directamente en el conflicto se aplicará la figura de superior de *iure* y de *facto*, en caso contrario los dirigentes serán civiles.

### 3.1.2.- Los superiores civiles

Los superiores civiles serían definidos por oposición a quienes se califican como militares<sup>1564</sup>, de tal manera que son aquellas personas que sin participar directamente en las hostilidades tienen un control efectivo sobre otras personas, no son parte formalmente a las fuerzas militares y tampoco tienen a su cargo grupos de combate irregulares, aunque pueden encontrarse armadas. Esta figura se utilizó por primera vez en el TPIR en el *Caso Akayesu*<sup>1565</sup>, y actualmente estarían sujetos a los preceptos establecidos en el artículo 28. b) del ECPI.

Dentro de esta categoría se podrían incluir a los ministros o jefes de policía<sup>1566</sup>, personas que ostentan un poder ejecutivo a nivel nacional<sup>1567</sup>, regional<sup>1568</sup> o local<sup>1569</sup>, partidos políticos o grupos asimilables o empresas<sup>1570</sup>, incluso aquellos grupos de mercenarios que se han denominado “escuadrones de la muerte”. Lo relevante es que la participación del grupo o estructura que tiene a su cargo no sea de manera continua en el combate o en las hostilidades dentro de un conflicto armado<sup>1571</sup>.

---

<sup>1564</sup> Véase NYBONDAS, M.L., *Command responsibility and its applicability to civilian superiors*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2010, p. 70.

<sup>1565</sup> Véase TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 1 de junio de 2001, No. ICTR-96-4-A.

<sup>1566</sup> Véase TPIR, *Caso the Prosecutor c. Kayishema and Ruzindana*, Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, No. ICTR-95-1-A. Caso de un prefecto.

<sup>1567</sup> Véase TPIR, *Caso The persecutor c. Jean Kambanda*, Sentencia del 4 de septiembre de 1998, No. ICTR-97-23-S. Caso de un primer ministro.

<sup>1568</sup> Véase TPIR, *Caso the Prosecutor c. Kayishema and Ruzindana*, Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, No. ICTR-95-1-A.

<sup>1569</sup> Véase TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 1 de junio de 2001, No. ICTR-96-4-A. Caso de un alcalde.

<sup>1570</sup> Véase TPIR, *Caso The persecutor c. Alfred Musema*, Sentencia del 27 de enero de 2000, No. ICTR-96-13-T. Caso de un director de una empresa de té. TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 3 de diciembre de 2003, No. ICTR-99-52-T. Caso de un director de una emisora de radio.

<sup>1571</sup> Cfr. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 165; y GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad del superior por omisión” Óp. Cit., p. 239.

Este es el punto mas relevante y que se debe tener en cuenta para aplicar el artículo 28 del ECPI en uno o en otro caso, y es la participación en el conflicto armado, de tal manera que estamos de acuerdo como concluye GARROCHO

“(…) la justificación de la previsión de un estándar subjetivo más exigente atiende a la mayor peligrosidad o especial lesividad que esta participación en las hostilidades comporta, mereciendo la imposición de unos deberes de cuidado específicos de los jefes militares y asimilados. Por ello, el estándar subjetivo previsto en el art. 28 a) ECPI (Estatuto de Roma) para los jefes militares y para quienes actúan efectivamente como jefes militares es más exigente que para los superiores civiles”<sup>1572</sup>.

### 3.2.- El fundamento de la responsabilidad del superior

Con el propósito de establecer las razones que determinan la responsabilidad del superior, se debe dejar claro que el superior está obligado a realizar todas las actividades que se encuentren a su alcance y relacionadas con sus funciones, con el propósito de evitar que sus subordinados realicen crímenes de guerra, genocidio o crímenes de lesa humanidad, es por ello que de la lectura del artículo 28 del ECPI se puede concluir que tenga un supuesto de comisión por omisión legal<sup>1573</sup>.

Sin ahondar de manera profunda frente al fundamento material de la responsabilidad del superior, concordamos con GARROCHO y la mayoría de la doctrina española<sup>1574</sup>, quien realizando un análisis de las teorías formuladas por JAKOBS<sup>1575</sup>, donde afirma

“(…) la responsabilidad penal se genera porque se constata que el superior no ha asegurado su esfera de competencias o su organización como debía, evitando cursos lesivos que provienen de

---

<sup>1572</sup> GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 167.

<sup>1573</sup> Respecto a la naturaleza jurídica y el fundamento de la responsabilidad del superior, se puede consultar GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., Cap. IV, donde se realiza un pormenorizado estudio.

<sup>1574</sup> Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid: Ed. Reus, 2007, pp. 194, 207 y ss.; MARAVER GÓMEZ, M., “El principio de confianza en Derecho penal”, En *Temas actuales de investigación en ciencias penales*, Coord. por Lina Mariola Díaz Cortés, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, pp. 35-58; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “La adscripción de un hecho a su autor: La pertenecían del hecho. Especial referencia al administrador”, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Dir. Luzón Peña, D. M., Madrid: Ed. Tirant lo Blanch 2010, pp. 581 y ss.

<sup>1575</sup> Véase JAKOBS, G., *La competencia por organización en el delito omisivo*, (trad. Peñaranda Ramos), Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994. pp. 9, 16 y ss.; JAKOBS, G., *Acción y omisión en Derecho penal*, (trad. Rey Sani z y Sánchez Vera), Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 7, 10.

sus subordinados. El fundamento material de la responsabilidad penal de los jefes militares y superiores civiles por omisión proviene, así, de la defectuosa organización de su ámbito de competencias como superior jerárquico. En caso de que los subordinados se propongan cometer los crímenes o los estén cometiendo, el superior tiene un deber de reconducir las actividades de sus subordinados a un estado inocuo (o mejor dicho, dentro del riesgo permitido); en caso de no hacerlo, el superior es responsable de los actos lesivos causados por sus inferiores al no haber instando las medidas de evitación que dicho aseguramiento requería. El fundamento de la responsabilidad penal del superior proviene, por tanto, de no haber organizado su esfera de competencias dentro del riesgo permitido, garantizando que terceras personas no resulten dañadas”<sup>1576</sup>.

Las relaciones superior-subordinado que son de importancia para el Derecho Internacional no se generan en cualquier ámbito. La responsabilidad del superior surge de una obligación de evitar que un resultado se produzca, bajo el entendido que el subordinado atenderá las instrucciones que se le imponen. Estos puntos son relevantes en el caso de organizaciones complejas, justamente empleadas para la ejecución de crímenes internacionales, donde se da la posibilidad de asignar roles (el subordinado hará lo que el superior le ordene), con alguna independencia de quien detenta la posición en algún momento determinado. Al respecto WERLE ha expresado

“La necesidad de esta ampliación de la responsabilidad penal de los superiores se fundamenta en la estructura marcadamente jerárquica de la organización que por lo general determina el escenario de los crímenes de derecho internacional. A través de este escenario, por una parte, se dificulta la prueba de la implicación directa del hecho, aunque el grado de responsabilidad es, por lo general, indirectamente proporcional a la cercanía con la ejecución del hecho. La figura de la responsabilidad del superior funciona aquí en cierto modo como último recurso cuando fracasa la prueba de la responsabilidad directa del superior. Por otra parte, precisamente conductas que se encuentran por debajo de los límites de la participación directa en el hecho encierran un mayor potencial de peligrosidad (...)”<sup>1577</sup>.

El fundamento que permite imputar penalmente a los superiores el incumplimiento de sus obligaciones es la existencia de una relación entre superior (sin importar si se trata de militar o civil) y el subordinado, quien hace parte de una organización y en virtud de la misma cumple con las órdenes que se le imponen, de tal manera que el primero responde

---

<sup>1576</sup> GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo” *Óp. Cit.*, p. 168.

<sup>1577</sup> WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 384.

por los hechos del segundo<sup>1578</sup>. Para algunos autores como KITTICHAISEAREE sostienen que en “(...) la relación superior subordinado se encuentra en el corazón del principio de responsabilidad por el mando”<sup>1579</sup>.

En este sentido se ha venido argumentando la responsabilidad del superior, incluso desde la jurisprudencia del TPIY que en el *Caso Čelebići* expresó “La doctrina de la responsabilidad del superior está claramente articulada y anclada en la relación entre el superior y el subordinado, y en la responsabilidad del jefe por las acciones de los miembros de sus tropas”<sup>1580</sup>.

Bajo esta óptica, la responsabilidad en este caso no se atribuye exclusivamente al superior inmediato de los autores de los delitos, sino que puede extenderse a varios superiores, y llegar, siguiendo la cadena de mando o idea de relación jerárquica (diferente a rango), hasta los más altos dirigentes, objeto propio del Derecho Penal Internacional desde los juicios de Núremberg, y así lo ha entendido la jurisprudencia internacional de la CPI en el *Caso Bemba*<sup>1581</sup>, y también en el TPIY en el *Caso Kunarac* donde manifestó

“Dependiendo de las circunstancias, un jefe susceptible de incurrir en responsabilidad del superior según el párrafo 3) del Artículo 7 puede ser un coronel al mando de una brigada, un cabo al mando de un pelotón o incluso un individuo sin rango al mando de un pequeño grupo de personas”<sup>1582</sup>.

En relación con la estructura de una cadena de mando y su relevancia para la responsabilidad del superior, ARNOLD expresa:

“(…) En general, en una cadena de mando suele haber más de un jefe. Ésta puede incluir, por ejemplo, un jefe de sección, un comandante de brigada, un jefe de compañía, un jefe de batallón, un jefe de división y otros de mayor rango. A los fines de la responsabilidad del superior, el elemento significativo es el ejercicio efectivo del mando, y no el hecho de que él o ella tengan un determinado rango”<sup>1583</sup>.

---

<sup>1578</sup> Vid. Ibid. p. 388.

<sup>1579</sup> KITTICHAISEAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 252

<sup>1580</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T. par. 647.

<sup>1581</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 410.

<sup>1582</sup> TPIY. *Caso The prosecutor c. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001. No. ICTY-96-23-T y 96-23/1-A, par. 398.

<sup>1583</sup> ARNOLD, K. y TRIFFTERER, O. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article”. *Óp. Cit.*, pp. 795-843. p. 830.

Aunque los ejemplos mas claros de responsabilidad del superior se pueden dar en las fuerzas militares, resulta muy relevante entender que esta figura se ha ampliado a otro tipo de organizaciones como aquellas que tiene reconocimiento jurídico expreso (tal es el caso de las personas jurídicas o asociaciones); y también a aquellas que no tienen reconocimiento jurídico, como grupos guerrilleros o paramilitares<sup>1584</sup>, de tal manera que no es relevante si la entidad contiene un validez legal, sino que se trate de una institucionalidad compleja y que ella puede ejercer ciertos grados de control sobre algunos de sus miembros<sup>1585</sup>.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia internacional ha considerado que la conexión entre superior y subordinado puede ser de *iure* o de *facto*<sup>1586</sup>. Por ello esta relación contiene como elemento central la existencia de un control efectivo, el cual conforme a lo establecido por la CPI tiene como característica la capacidad de la persona (superior) para evitar y castigar la comisión de crímenes<sup>1587</sup>.

Al respecto, para describir esa conducta de control en el caso de militares hablaríamos de poder de mando (“*command*”), mientras que en el caso de contextos civiles sería autoridad (“*authority*”), aunque para la CPI, y siguiendo la línea de los trabajos

<sup>1584</sup> Sobre este punto SIVAKUMARAN expresa: “(...) Es importante tener en cuenta que el jefe responsable en grupos irregulares puede ser diferente que el de las fuerzas armadas regulares. La misma noción de jefe de facto y el hecho de que se juzgue las relaciones superior-subordinado en referencia al control efectivo, dan cuenta de esto”. SIVAKUMARAN, S. “Command Responsibility in Irregular Groups”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, no. 5, p. 1137.

<sup>1585</sup> Al respecto el TPIY en el *Caso Čelebići* expresó “En muchos conflictos contemporáneos, puede que existan gobiernos de facto autoproclamados y, por tanto, ejércitos de facto y grupos paramilitares subordinados. Estructuras de mando, organizadas apresuradamente, bien pueden ser desordenadas y primitivas. Para reforzar la ley en estas circunstancias requiere una determinación imputación de responsabilidad no sólo para ofensores individuales, sino que también para sus comandantes u otros superiores que estuvieren, basados en la evidencia, en control de ellos, sin que, de todos modos, exista un encargo formal”. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Čelebići”)*, sentencia del 20 de febrero de 2001, No. IT-96-21-A. par. 193.

<sup>1586</sup> Cfr. TPIR, *Caso The Prosecutor c. Kayishema and Ruzindana*, Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, No. ICTR-95-1-A; TPIR, *Caso the Prosecutor c. Ignace Bagilishema*, Sentencia de 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T; TPIR, *Caso the Prosecutor c. Jean Paul Akayesu*,; y Sentencia de 2 de septiembre 1998, No. ICTR-96-4-T; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Čelebići”)*, sentencia del 20 de febrero de 2001, No. IT-96-21-A; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, Sentencia de 21 de junio de 1999, No. IT-95-14/1; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic “Lasva Valley”*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Kunarac and Kovac*, Sentencia de 21 de junio de 2001, No. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T; TESL, *Caso The Prosecutor c. Fofana and Kondewa*; sentencia de 28 de mayo de 2008, No. SCSL-04-14-A; TESL, *Caso The Prosecutor c. Brima, Kamara, and Kanu*, sentencia de 22 de febrero de 2008, No. No. SCSL-04-16-T; CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08.

<sup>1587</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 415.

preparatorios del ECPI, estos dos términos no tienen relación en cuanto al grado de control requerido<sup>1588</sup>.

Sobre este tema, el TPIY en el *Caso Mladić*, en pronunciamiento reciente afirmó

“El Superior puede ser responsable sólo si él o ella tiene la habilidad material de prevenir y castigar los crímenes perpetrados por sus subordinados (control efectivo). La relación con el subordinado puede ser directa o indirecta dentro de una jerarquía ya sea formal o informal, de jure o de facto, civil o militar”<sup>1589</sup>.

En las siguientes líneas se procederá a explicar los aspectos mas relevantes frente a el control efectivo y autoridad o ejercicio de mando y a la causalidad entre la conducta del superior y la imputación del resultado.

### **3.2.1.- Control efectivo y autoridad o ejercicio de mando**

Uno de los aspectos más importantes de la responsabilidad del superior es el control efectivo que deben tener sobre los subordinados, principalmente porque se trata de un elemento propio de la culpabilidad, excluyendo en cierta forma la aplicación de una responsabilidad objetiva. Como se ha venido enunciando, este principio requiere que exista una relación de subordinación entre el superior jerárquico y el autor del crimen (subordinado), no obstante, esta relación no debe ser meramente formal y se complementa con el requisito que el superior tenga control efectivo, autoridad o mando respecto del subordinado.

Desde la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc se ha manifestado que como precepto del principio de la responsabilidad del superior se requiere la existencia de un control efectivo<sup>1590</sup>, el cual consiste en la capacidad de competencia y atribuciones para ejercer una vigilancia o inspección sobre los actos que desarrolla otra persona, que en el

---

<sup>1588</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 410 y ss. En el mismo sentido CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 180.

<sup>1589</sup> TPIY. *Caso The prosecutor c. Ratko Mladić*, sentencia de 22 de noviembre de 2017. No. IT-09-92-T y par. 3569. Traducción libre.

<sup>1590</sup> Cfr. TPIR, *Caso the Prosecutor c. Ignace Bagilishema*, Sentencia de 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T. par. 39; TPIY, *Caso the Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T. par. 378.

caso que hemos venido estudiando sería la capacidad material para prevenir el delito o si ya se cometió sancionar a los autores, sea un superior de *iure* o de *facto*<sup>1591</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia internacional ha considerado que cuando se está frente a superiores militares (donde se pueden incluir los grupos guerrilleros o las fuerzas paramilitares), el control efectivo se encuentra inmerso en la condición de comandante o superior, razón por la que se presume su existencia sobre sus subordinados. En este punto, lo relevante pasaría a ser el mecanismo probatorio para determinar su presencia en el caso que se esté analizando, puesto que sin el mismo no habría lugar a atribuir este tipo de responsabilidad<sup>1592</sup>.

Para identificar la existencia de un control efectivo, el TPIY consideró como criterios para identificar este elemento la posición oficial del superior; los poderes legales de ordenar y de hacer ejecutar órdenes con las que cuenta el superior; el poder disciplinario o sancionatorio del superior frente a los subordinados; y los poderes de nombramiento, ascenso y destitución del superior<sup>1593</sup>. Estos aspectos fueron tenidos en cuenta en el *Caso Milošević*, ex presidente de Serbia, considerando que tenía un control efectivo sobre los jefes del Estado Mayor del Ejército y los servicios de seguridad del Estado quienes ejecutaron el crimen de genocidio<sup>1594</sup>.

En lo que tiene que ver con el ECPI, el artículo 28. a), se refiere a que los superiores serán responsables por los crímenes “(...) cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo”. La doctrina relevante sobre la materia ha realizado un análisis sobre la diferenciación que impone este artículo entre las circunstancias de control en “autoridad” y “mando”, situación que puede provocar confusiones principalmente en el caso de superiores militares, ya que las dos podrían aplicarse. AMBOS afirma al respecto

---

<sup>1591</sup> En ese sentido se han pronunciados los Tribunales Ad Hoc en TPIY, *Caso the Prosecutor c. Mucic et al.* (“*Celebici*”), sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T.

<sup>1592</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic* “*Lasva Valley*”, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T. par. 842-849.

<sup>1593</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T. par. 83 y ss.

<sup>1594</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Slobodan Milošević*, decisión de absolución de 16 de junio de 2004, No. IT-02-54-T. par. 304-309. Cabe destacar que el proceso no tuvo sentencia definitiva por la muerte del procesado el día 11 de marzo de 2004.

“Como los dos conceptos contienen el termino “control” es claro que el control esta ligado al mando, o a la autoridad, o depende de éstos. En este sentido, “el control” es una clase de término comprensivo que engloba al mando y a la autoridad. Mientras el mando se refiere en un sentido casi material a una orden, una dirección imperativa y al poder para dominar y controlar, la “autoridad” parece tener un significado formal, en el sentido de permisión y/o derecho a ejercitar poderes, derecho a mandar, etc. Ambos términos implican control: “mando” explícitamente como poder para controlar; “autoridad”, implícitamente como derecho a mandar. Así, un superior con mando y autoridad, normalmente controla sus “fuerzas” o sus subordinados y tiene capacidad de expedir órdenes”<sup>1595</sup>.

La CPI ha considerado que los términos “mando” y “autoridad” son cercanos, aunque contienen puntos de diferencia. “Mando” sería la autoridad en el caso de las fuerzas armadas; mientras que “autoridad” es el poder para emitir órdenes y lograr que sean cumplidas, es decir, la “(...) modalidad, manera o naturaleza de acuerdo a la cual un militar o quien actúa como jefe militar ejerce el ‘control’ sobre sus fuerzas o subordinados”<sup>1596</sup>. Si bien es cierto no se ha tornado claro el punto, podemos concluir que el término “control” incluye tanto “mando” y “autoridad”, de tal manera que lo relevante es entrar a probar este componente caso a caso<sup>1597</sup>.

A su vez, respecto al adjetivo del control que debe ser “efectivo”, parecería que se hace referencia principalmente a los superiores civiles, puesto que en dichas relaciones no se tiene un control tan estricto como en el caso de las militares, y así fue entendido por el TPIY en el *Caso Aleksovski*<sup>1598</sup>, no obstante el ECPI lo utiliza de manera indistinta para todos los superiores, de tal manera que se considera que el control o emitir órdenes deberá ser verdadero, válido y eficaz.

Ahora bien, sobre el control efectivo la jurisprudencia de la CPI ha expresado que es “(...) la capacidad material de prevenir, castigar o denunciar la comisión de delitos, y la

---

<sup>1595</sup> AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 205 y 206.

<sup>1596</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 413.

<sup>1597</sup> Al respecto MELONI afirma “(...) en relación con el apartado a) del Artículo 28, los jueces (en el *Caso Bemba*) consideraron que las expresiones ‘mando y control efectivo’ y ‘autoridad y control efectivo’ son alternativas aplicables en situaciones de jefes militares stricto sensu y de jefes que se equiparan a los militares. Las palabras ‘mando’ y ‘autoridad’ no tendrían ningún efecto sustantivo en el estándar de control exigido por parte del superior ni le darían al texto un significado diferente”. MELONI, C. *Command Responsibility in International Criminal Law*, The Hague: T.M.C. Asser, 2010, p. 161.

<sup>1598</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, No. IT-95-14/1-A, par. 69 y ss.



infracción de dichas capacidades de control, da lugar a la responsabilidad penal, satisfechos asimismo otros requisitos”<sup>1599</sup>. En la sentencia de primera instancia del *Caso Bemba* estableció una serie de elementos o indicios para determinar el control efectivo, enunciando que los criterios son:

“(…) (i) la posición oficial del comandante dentro de la estructura militar y las tareas reales que realizó; (ii) su poder para emitir órdenes, incluyendo su capacidad para ordenar fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o en niveles inferiores, para participar en hostilidades; (iii) Su capacidad para garantizar el cumplimiento de los pedidos, incluida la consideración de si las órdenes fueron realmente seguidas; (iv) su capacidad de re-subordinación de unidades o hacer cambios a la estructura de comando; (v) su poder para promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas, y para iniciar investigaciones; (vi) su autoridad para enviar fuerzas a lugares donde las hostilidades tomar lugar y retirarlos en un momento dado; (vii) Su independiente acceso y control sobre los medios para hacer la guerra, como la comunicación equipo y armas; (viii) su control sobre las finanzas; (ix) la capacidad de representar las fuerzas en las negociaciones o interactuar con organismos externos o individuos en nombre del grupo; y (x) si representa el ideología del movimiento al que se adhieren los subordinados y tiene un cierto nivel de perfil, manifestado a través de apariciones públicas y declaraciones (...)”<sup>1600</sup>.

Estos criterios se aplicarán para los superiores militares, así como también para los civiles, aunque la CPI al momento no se ha pronunciado aun al respecto, si es necesario que la facultad fáctica de control se encuentre inmersa en una organización jerárquica, y que de conformidad con lo establecido en el artículo 28. b) ii) del ECPI, las conductas por las que se puede hacer responsable el superior deben ser crímenes que “guarden relación con las actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”, lo que para algunos autores como

---

<sup>1599</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 415 y 416.

<sup>1600</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 188. Esta posición no ha sido modificada en la sentencia de apelación, no obstante se hizo referencia en el mismo sentido en la opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański en CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. par. 113 y ss. La CPI en la decisión de confirmación de cargos dentro del mismo caso había expresado como criterios del control efectivo “1) La posición oficial del sospechoso; 2) su poder de emitir y dar órdenes; 3) su capacidad de hacerse obedecer (esto es que las ordenes emitidas sean ejecutadas); 4) el lugar que ocupa en la jerarquía militar y las tareas que desempeña en la realidad; 5) su capacidad de dar órdenes de combate a las unidades bajo su mando inmediato así como de aquellas ubicadas en escalones inferiores; 6) su capacidad de reasignación de unidades o de modificación de su mando; su poder de promover, reemplazar o sancionar a los miembros de las fuerzas así como de destituirlos de sus funciones; y su autoridad para enviar fuerzas donde se desarrollan los combates o de retirarlas” CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 417. Traducción libre.

ARNOLD delimitaría el ámbito espacial y temporal del ejercicio del deber<sup>1601</sup>. Aquí salta a la vista otro aspecto a analizar y es el espacio temporal en que debe comprobarse el control, es decir el momento de la comisión de los crímenes<sup>1602</sup>, y siguiendo la línea de la CPI, sería antes de su consumación, es decir, cuando eran evitables<sup>1603</sup>.

Ahora bien, los casos no son del todo fáciles puesto que no siempre los superiores son únicos y de hecho actualmente lo normal es que el mando se ejerce en forma conjunta entre superiores de una misma jerarquía, otras veces se ejecuta conjuntamente por superiores de distinta jerarquía y en otras ocasiones se realiza por distintos superiores en distintos ámbitos, lo que se ha conocido como cadena de mando<sup>1604</sup>. Nada impide o excluye que el control efectivo se encuentre fraccionado, pero eso promueve el nacimiento de la obligación de evitación en cada uno de los superiores<sup>1605</sup>.

A modo de ejemplo, en las organizaciones militares, el poder de mando puede ser táctico, operativo y regional, de tal manera que en estos casos lo que se torna determinante es la capacidad material del dirigente militar para influir en los subordinados<sup>1606</sup>. En este punto será relevante analizar caso a caso si se cuenta con el control efectivo de los hechos, o si se ha perdido, tomando los criterios que se han desarrollado por la CPI.

Respecto a la posibilidad de delegación de las funciones, acto totalmente legítimo, AMBOS, tomando en cuenta los requisitos desarrollados por la jurisprudencia del TMI de Tokio, manifiesta que no absuelve de responsabilidad al superior, incluso podría entenderse

---

<sup>1601</sup> Cfr. ARNOLD, K. y TRIFFTERER, O. "Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes Article by Article". *Óp. Cit.*, pp. 795-843. p. 805. Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 393.

<sup>1602</sup> El TPIY en el *Caso Hadzihasanovic* había manifestado que el control efectivo debía darse en el momento del delito. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T, par. 90.

<sup>1603</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424, par. 419.

<sup>1604</sup> Al respecto el METTRAUX manifiesta que la cadena de mando "provee una vía para establecer si el acusado ejerció su autoridad a través y a lo largo de la cadena de mando [...]. La existencia de una cadena de mando entre el superior y sus subordinados también servirá para limitar el alcance de los actos por los cuales un superior puede ser responsabilizado penalmente". METTRAUX, G. *The Law of Command Responsibility*, New York: Oxford University Press, 2009, p. 147-148.

<sup>1605</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343, par. 185.

<sup>1606</sup> Cfr. TPIR, *Caso the Prosecutor c. Théoneste Bagosora*, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, No. ICTR-98-41-T, par. 2015 y ss.

que se transforma en “(...) un deber de selección adecuada, de instrucción y control permanente (...)”<sup>1607</sup>.

A modo de conclusión se puede afirmar que lo importante se insiste es el manejo probatorio que se establezca caso a caso siguiendo los parámetros establecidos por la CPI, para determinar si existió o no el control efectivo, desde el punto de vista material y no solamente formal.

### **3.2.2.- Relación de causalidad e imputación del resultado**

Corresponde en este punto centrar el análisis en lo que tiene que ver con el elemento de causalidad requerido entre la falta de control por parte del superior y la comisión de los crímenes realizados por los subordinados, puesto que el artículo 28 del ECPI hace referencia a que los mismos deben ser consecuencia de la carencia de vigilancia o supervisión y la no adopción de medidas necesarias para prevenir, reprimir o denunciar los delitos, es decir, se debe probar que los crímenes no se habrían dado si el superior hubiere supervisado apropiadamente a los subordinados. Este elemento de causalidad no había sido solicitado o requerido en la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, justificado en que dicho nexo causal no puede existir porque el deber del superior de castigar sólo emerge como resultado de la comisión previa de los delitos por los subordinados<sup>1608</sup>.

No obstante, este elemento ha sido enunciado por la CPI en el *Caso Bemba* donde se argumenta que cuando se está ante un control apropiado se relaciona con el cumplimiento del control efectivo dentro de su competencia, el cual se materializa con los deberes de evitación establecidos en el artículo 28 del ECPI<sup>1609</sup>, puesto que la infracción de un deber consumado previamente no puede tener esa causalidad, como sería el caso de los

---

<sup>1607</sup> AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 208.

<sup>1608</sup> Cfr. TPIY *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T, par. 399 y ss. TPIR, *Caso The prosecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T, par. 38. TPIY. *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 29 de julio de 2004, No. IT-95-14-A, par. 73 y ss., TPIY. *Caso The persecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T, par. 75 y ss. TPIY. *Caso The persecutor c. Naser Olic*, sentencia de 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T, par. 338.

<sup>1609</sup> En este sentido se pronuncia METTRAUX afirmando “Cuando el acusado es imputado por no haber prevenido los crímenes de sus subordinados, deberá establecerse que su incumplimiento fue un factor que contribuyó significativamente –a pesar de no haber sido necesariamente el único– a la comisión del crimen. En los casos en los que un superior ha sido imputado por no haber castigado crímenes, deberá establecerse que éste fue un factor que contribuyó significativamente a que las autoridades competentes no hubiesen investigado los crímenes, e identificado y castigado a su autor” METTRAUX, G., *The Law of Command Responsibility*, *Óp. Cit.*, 2009, p. 263.

deberes de represión y denuncia<sup>1610</sup>, aunque para algunos autores como GARROCHO, ese elemento de causalidad podría aplicarse porque pueden tener un carácter preventivo de crímenes futuros<sup>1611</sup>.

La teoría que tiene en cuenta la CPI para aplicar este aspecto es el incremento del riesgo<sup>1612</sup>, teniendo en cuenta lo establecido por ROXIN respecto de los delitos imprudentes, donde se busca comprobar si el comportamiento imprudente ha aumentado el riesgo de producción del resultado con respecto a la conducta hipotética permitida. Justamente la CPI afirma que bastará con que la Fiscalía demuestre “(...) la omisión del superior ha incrementado el riesgo de comisión de los crímenes que se le imputan conforme al art. 28 ECPI”<sup>1613</sup>.

Sobre la forma como debe aplicarse este criterio, se concuerda con GARROCHO quien afirma que lo indiscutible

“(...) es que la imputación de los crímenes a la omisión del superior requieren, por un lado, la constatación de que la conducta indicada de evitación valorada ex ante era objetivamente idónea para impedir el resultado, y por otro lado, que dicha conducta habría resultado idónea, también ex post, para evitar el resultado lesivo producido por sus subordinados. La mayor o menor certitud acerca de la idoneidad de la conducta de evitación debida por el superior valorada desde el punto de vista ex post es una cuestión de prueba, cuyo valor debe verificarse más allá de toda duda razonable (...)”<sup>1614</sup>.

Se considera que lo relevante será analizar bajo las reglas de la experiencia, presunciones e indicios, superando toda duda razonable (conforme al estándar probatorio establecido en el artículo 66.3 del ECPI), es si los delitos se habrían cometido en el caso en que los superiores hubieran cumplido con sus deberes, incluyendo el de evitar los crímenes, y siguiendo los parámetros establecidos en la CPI donde se afirma

---

<sup>1610</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 424.

<sup>1611</sup> Vid. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 247.

<sup>1612</sup> Esta teoría es seguida por algunos autores y se puede encontrar en AMBOS, K. “Superior Responsibility”, *Óp. Cit.*, p. 860. y NERLICH, V., “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, en *JICJ*, n° 5, 2007, p. 673.

<sup>1613</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 425.

<sup>1614</sup> GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo” *Óp. Cit.*, p. 172.

“El requisito de nexo se satisfaría claramente cuando se establezca que el delito no se habría cometido, en las circunstancias en que fueron, si el comandante habría ejercido el control correctamente, o el comandante al ejercer el control adecuadamente habría evitado los crímenes”<sup>1615</sup>.

### 3.3.- El título de intervención del superior.

En lo que tiene que ver con el elemento objetivo que debe darse en la responsabilidad del superior, se ha hecho referencia que presenta en aquellas circunstancias cuando el autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables que tenía a su alcance para prevenir o reprimir la comisión crímenes, o no puso el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para que se adelante su investigación y enjuiciamiento, es decir, actuó de forma omisiva frente a estos hechos.

Desde la Segunda Guerra Mundial hasta la jurisprudencia más reciente de la CPI se ha considerado que el superior no puede estar obligado a lo imposible. Por ello el desarrollo de la jurisprudencia internacional ha ido imponiendo requisitos para analizar la conducta del superior, y luego determinar si hay o no lugar a imputar responsabilidad, eso si, deberán examinarse caso a caso lo que será objeto de valoración probatoria, verificando el derecho nacional y normas donde se establecen los deberes y poderes de los representantes civiles y militares del Estado.

Al momento de evaluar la omisión del superior, se hace necesario que la acción haya sido materialmente posible, o que tenga una capacidad material, lo que a la luz del TPIY se traduce que “(...) en algunos casos, poco importa que un superior esté o no oficialmente investido de la autoridad legal necesaria si se prueba que él tenía la capacidad material para actuar”<sup>1616</sup>, posición reiterada en el *Caso Čelebići* en el siguiente sentido

“(...) debe reconocerse que el derecho internacional no puede obligar a un superior a realizar lo imposible. Por lo tanto, un superior sólo puede ser responsabilizado penalmente por no haber adoptado las medidas que estaban a su alcance. Surge entonces la pregunta acerca de cuáles son las acciones al alcance del superior en este sentido. Como corolario del estándar adoptado por la

---

<sup>1615</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 213. Traducción libre. Esta posición no ha sido modificada en la sentencia de apelación, no obstante se hizo referencia en el mismo sentido en la opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański en CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. par. 337 y ss.

<sup>1616</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T. par. 122.

Sala de Primera Instancia con respecto al concepto de superior, concluimos que un superior debería ser responsabilizado por no haber adoptado las medidas que estaban dentro de sus posibilidades materiales”<sup>1617</sup>.

Por su parte, las medidas necesarias y razonables serán valoradas relacionadas con el control efectivo y en cada caso en concreto, las cuales pueden incluir, tal como lo enuncia OLÁSOLO

“(…) (i) iniciar una investigación cuando hay información que indique que los subordinados pueden estar a punto de delinquir; (ii) suspender a aquellos subordinados que presuntamente están planeando la comisión de delitos o tienen antecedentes penales violentos (o, al menos, excluirlos de las operaciones de ataque, y limitar, en la mayor medida posible, su exposición a civiles y prisioneros de guerra enemigos); (iii) transmitir informes a las autoridades competentes advirtiendo sobre el riesgo de que podrían cometerse crímenes de guerra en la ejecución de ciertas operaciones militares, y proponer medidas para evitar dichos riesgos; (iv) poner en conocimiento de las autoridades competentes las denuncias sobre crímenes de guerra presuntamente cometidos en el pasado por las unidades subordinadas; y (v) posponer la ejecución de ciertas operaciones militares”<sup>1618</sup>.

Al respecto, la CPI en el *Caso Bemba* no estableció una distinción entre medidas generales y específicas, eso si enunció las herramientas que tiene a su alcance conforme al control efectivo, dentro de las que deben tenerse en cuenta

“(…) (i) asegurarse que las unidades subordinadas hayan sido entrenadas en derecho internacional humanitario (“DIH”); (ii) asegurarse de la obtención de informes sobre el cumplimiento de las acciones militares conforme al DIH; (iii) dictar órdenes para que la forma de actuar de las unidades subordinadas se adecúe al DIH; y (iv) adoptar medidas disciplinarias para evitar la comisión de atrocidades por las unidades subordinadas”<sup>1619</sup>.

La capacidad material se extiende respecto de tres momentos distintos: antes, durante y después de la ejecución crimen. Al respecto, la CPI en el *Caso Bemba* ha expresado que frente a cada uno de estos momentos existe un compromiso específico para el superior jerárquico, de tal manera que el deber de evitar o prevenir surge con anterioridad

---

<sup>1617</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T. par. 394- 395. Esta posición fue confirmada en TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T. par. 122.

<sup>1618</sup> OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 791.

<sup>1619</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 438. Traducción libre.

a los hechos, el deber de reprimir es consecuente con la facultad de dar por terminado la comisión de crímenes que se están ejecutando en ese instante, y el deber de castigar surge posterior a los hechos delictivos<sup>1620</sup>. Si el superior despliega todas las medidas necesarias y razonables que estén a su alcance de acuerdo a su grado de control efectivo, no se podrá considerar que es responsable<sup>1621</sup>, al punto que en este caso, mediante sentencia de segunda instancia se realizó el análisis de este aspecto de la responsabilidad del superior, y se tomó la decisión de absolver al acusado<sup>1622</sup>, afirmando

“El alcance del deber de tomar ‘todas las medidas necesarias y razonables’ se relaciona intrínsecamente con la capacidad material de un comandante para prevenir o reprimir la comisión de delitos o para someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y procesamiento. De hecho, no se puede culpar a un comandante por no haber hecho algo que él o ella no tenía poder para hacer.

---

<sup>1620</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 436. En este mismo sentido se ha pronunciado CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 197 y CPI, *Caso The prosecutor c. Bosco Ntaganda*. Sentencia del 9 de junio de 2014 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/04-02/06, par. 173.

<sup>1621</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 200. La CPI en sentencia de segunda instancia consideró que la para el *Caso Bemba* se cometieron una serie de errores para determinar si se cumplieron con las medidas necesarias y efectivas que conllevaron a concluir en la condena, determinando que no se evaluó “(...) adecuadamente las limitaciones que el Sr. Bemba hubiera enfrentado al investigar y procesar delitos como un comandante remoto que enviaba tropas a un país extranjero; (ii) la Sala de Primera Instancia cometió un error al fallar para abordar el argumento del Sr. Bemba de que envió una carta a las autoridades de la República Centroafricana antes de concluir que el Sr. Bemba no había remitido las denuncias de crímenes a las autoridades de la República Centroafricana para su investigación; (iii) la Sala de Primera Instancia cometió un error al considerar que las motivaciones que atribuyó al Sr. Bemba fue indicativo de una falta de autenticidad en la adopción de medidas para prevenir y reprimir la comisión de delitos; (iv) la Sala de Primera Instancia cometió un error al atribuir al Sr. Bemba las limitaciones que encontró en el mandato, la ejecución y/o los resultados de las medidas tomadas; (v) la Sala de Primera Instancia incurrió en un error al encontrar que el Sr. Bemba no había facultado a otros funcionarios del MLC para investigar exhaustiva y adecuadamente y enjuiciar los delitos; (vi) la Sala de Primera Instancia incurrió en error al no indicar el número aproximado de los delitos cometidos y al evaluar el impacto de esto en la determinación de si el Sr. Bemba tomó todas las medidas necesarias y razonables; vii) la Sala de Primera Instancia cometió un error al tener en cuenta la redistribución de las tropas del MLC, por ejemplo, para evitar el contacto con la población civil como medida disponible para el Sr. Bemba”. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. Con opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański. par. 189.

<sup>1622</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. Con opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański. par. 196. En la opinión disidente se analiza a profundidad lo correspondiente a las medidas “necesarias” y “razonables” en el capítulo IV A. p. 19 y ss, confirmando el estudio que se adelantó en la sentencia de primera instancia

De ello se deduce que una evaluación de si un comandante tomó todas las ‘medidas necesarias y razonablemente razonables’ requerirá la consideración de qué medidas estaban a su disposición en las circunstancias del momento”<sup>1623</sup>.

Ahora bien, la responsabilidad del superior establecida en el artículo 28 del ECPI se instaure como un reproche a una conducta omisiva, situación distinta a lo que se establece en el artículo 25 del mismo Estatuto, donde conforme al análisis planteado en líneas anteriores, las figuras de la autoría y participación son eminentemente dolosas, y el resultado se da por un actuar positivo<sup>1624</sup>. En el caso de la autoría se domina la voluntad de otra persona o se utiliza la organización para realizar un determinado fin, situación que no sucede cuando el superior omite impedir la comisión de un delito, o no reprime y no denuncia los hechos punibles. Se podría considerar que es posible la autoría mediata por omisión, pero lo cierto es que los casos que se pueden plantear representan en realidad otro tipo de forma de imputación.

Para el caso de la imputación por participación a título de cómplice, también se está ante una figura diferente, puesto que la conducta del superior es accesoria a la de los subordinados, toda vez que el acto desarrollado por ellos constituye delito aún sin que hubiera existido el superior, mientras que la omisión del superior sólo es relevante dada la conducta de los subordinados, de esta manera, no es posible pensar que el superior esté desarrollando él mismo una parte o sea parte de ese crimen.

Lo anterior, también lleva a descartar la posibilidad que se pueda confundir la figura de la responsabilidad del superior del artículo 28 del ECPI con la coautoría, puesto que en ella se hace ineludible la división de trabajo entre quienes tienen el dominio del hecho. Eso si, es necesario que el crimen realizado por el subordinado se produzca en razón a la infracción del deber de control y vigilancia por parte del superior, tal como se explicó en líneas anteriores respecto al nexo de causalidad.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la conducta del superior es accesoria a la del subordinado, puesto que colabora, mediante su omisión, con la comisión del crimen de base. Es por ello que se hace necesario analizar los deberes de prevenir, reprimir la

---

<sup>1623</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. Con opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański. par. 167 y 168.

<sup>1624</sup> Cfr. ROXIN, K. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Óp. Cit.*, p. 509 y ss.



comisión de crímenes, o someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento, que no puede obviar el superior, puesto que entraría a responder bajo el título de imputación que se está analizando, y que no deben cumplirse conjuntamente, puesto que a pesar que el artículo 28 del ECPI usa un lenguaje alternativo (“o”), está claro que el incumplimiento de cualquiera de estos deberes puede generar responsabilidad penal (por ejemplo, una falla para evitar los crímenes, cuando el comandante estaba bajo obligación de hacerlo, no puede remediarse castigando posteriormente al perpetradores)<sup>1625</sup>.

### 3.3.1.- Infracción de un deber de prevenir.

La responsabilidad del superior requiere una conducta por parte del implicado, dentro de las cuales se puede encontrar la relacionada con el deber de vigilancia de los subordinados, puesto que si no actúa con el fin de prevenir que los crímenes se cometan, se está faltando con esta obligación, *contrario sensu*, si se actúa conforme al requerimiento, de acuerdo al artículo 28 del ECPI, el superior no podrá ser sancionado. En este sentido se ha manifestado WERLE y JESSBERGER al afirmar “Si el superior no impide que el subordinado cometa un crimen de derecho internacional se produce al mismo tiempo una falta del control adecuado. En este supuesto no es necesario exigir una infracción adicional del deber de vigilancia”<sup>1626</sup>.

En ese sentido, la conducta que se exige al superior de prevenir los actos de sus subordinados debe vincularse directamente con el momento en que el superior tiene el conocimiento de dicha conducta y relacionado con el artículo 28 a. i) y b. i) del ECPI, si el superior sabe que sus subordinados “se proponían cometerlos (los crímenes de competencia de la CPI)” está obligado a evitar que esos actos se ejecuten. Aquí entra a jugar un papel relevante el elemento intencional, como se verá en líneas siguientes del presente escrito.

Desde la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, se ha contemplado la responsabilidad del superior por el incumplimiento del deber de prevenir. En el *Caso Kordic y Čerkez* se expresó sobre el momento en que surge esta obligación

---

<sup>1625</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 201.

<sup>1626</sup> WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 401.

“Debe interpretarse que el deber de prevenir está en cabeza del superior en cualquier etapa previa a la comisión de un crimen por parte de un subordinado, en la medida que el superior adquiera conocimiento de que el crimen está siendo preparado o planificado, o que tenga motivos razonables para sospechar de las actividades de sus subordinados”<sup>1627</sup>.

A su vez, la jurisprudencia internacional ha considerado que no hay lugar a “subsananar” el incumplimiento del deber de prevenir con la realización de actos o toma de decisiones encaminadas a reprimir o sancionar al subordinado que ya consumó el crimen. En el *Caso Hadzihasanovic* el TPIY expresó

“En relación con el deber de prevenir, el superior claramente dispone de un tiempo limitado para llevarlo a cabo. Una vez que los subordinados cometieron el crimen, ya es demasiado tarde y el superior ha incumplido su deber. (...) En ningún caso el superior podría subsanar esa omisión con el posterior castigo de sus subordinados. De acuerdo con esto, si se determina que el superior no hizo nada para prevenir que sus subordinados cometieran el crimen, no tiene sentido examinar las medidas adoptadas para castigarlos. El superior ha incumplido su deber de prevenir y eso trae aparejada responsabilidad”<sup>1628</sup>.

Lo anterior deberá analizarse en cada caso en concreto y tomando en cuenta la capacidad material del superior, debido a que ello compone el grado de competencia de su actuación, las facultades de control y las medidas razonables y necesarias con que contaba<sup>1629</sup>. Si el acusado solo cuenta con la posibilidad de denunciar o castigar, pues no habrá lugar a atribuir la responsabilidad de tales hechos, eso si deberá de cualquier forma adelantar las correcciones correspondientes con el fin de impedir que hechos similares vuelvan a suceder<sup>1630</sup>.

---

<sup>1627</sup> TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 26 de febrero de 2001, No. IT-95-14/2-T. par. 445.

<sup>1628</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T. par. 126.

<sup>1629</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 203. En el *Caso Strugar*, el TPIY especificó: “El contenido del deber de prevenir dependerá de la capacidad material del superior para intervenir en una situación específica”. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Strugar*, sentencia de 31 de enero de 2005, No. IT-01-42-T. par. 374. Posición confirmada en TPIR, *Caso The Prosecutor c. Karemera et. al*, sentencia de 2 de febrero de 2012, No. ICTR-98-44-T. par. 1500

<sup>1630</sup> En el *Caso Hadzihasanovic* el TPIY expresó: “(...) el deber de prevenir la repetición de actos similares debe limitarse a aquellos actos cometidos por subordinados que formen parte de un ‘grupo identificable’ cuyos miembros ya hubieran cometido actos similares. Esta limitación se relaciona con la naturaleza misma del deber de prevenir, que se basa en el riesgo de repetición de actos similares. De hecho, este tipo de responsabilidad solo puede establecerse cuando la repetición sea previsible, ya que está fundada en el hecho de que la impunidad alienta a los soldados -que ya han cometido actos ilícitos- a cometer nuevamente actos de

Como componente del deber de prevenir, la jurisprudencia internacional ha establecido que el superior debe como medida general proveer que los subordinados tengan un conocimiento sobre la regulación relativa a los conflictos armados y que prevenga la posible violación de dichas normas<sup>1631</sup>. A su vez, también se cuenta con medidas específicas que surgen de la posición de control y supervisión del superior sobre los subordinados como estar informado sobre las condiciones e imponer disciplina sobre las tropas<sup>1632</sup>, de tal manera que no puede esperarse de un superior que frustre todo plan de sus subordinados de cometer un delito, sino solamente aquellos respecto de los que hubiese tenido información, o cuando tenía motivos razonables para sospechar que se proponían cometer el crimen<sup>1633</sup>.

La CPI en la decisión de confirmación de cargos del *Caso Bemba* ha considerado que el deber de prevenir surge en el momento en que el superior tuvo o debió tener conocimiento que los subordinados se proponían o estaban cometiendo crímenes, de tal manera que se genera con anterioridad a la realización material de los mismos<sup>1634</sup>. A su vez, expresó

“(…) El Artículo 28 del Estatuto no define cuáles son las medidas específicas requeridas por el deber de prevenir los crímenes. En este contexto, la Sala considera apropiado guiarse por ciertos factores relevantes, como la adopción de medidas dirigidas (i) a garantizar que las fuerzas de los superiores estén adecuadamente capacitadas en derecho internacional humanitario; (ii) a asegurarse informes sobre si las acciones militares se ajustaban al derecho internacional; (iii) a emitir órdenes dirigidas a que las prácticas relevantes se ajusten al derecho internacional; (iv) y a la

---

esa naturaleza. No intervenir previsiblemente derivará en la repetición de esa conducta”. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T, par. 164.

<sup>1631</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T, par. 143.

<sup>1632</sup> Cfr. TPIY, *Caso The persecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T, par. 84 y ss.

<sup>1633</sup> Vid. BANTEKAS, I. *International Criminal Law. Op. Cit.*, p. 93 y 94.

<sup>1634</sup> La CPI expresó “La Sala considera que un comandante viola su deber de prevenir cuando no toma medidas para detener crímenes que están a punto de cometerse o crímenes que se están cometiendo. El deber de prevenir surge antes de la comisión de los crímenes, e incluye crímenes en progreso y crímenes que involucran elementos en curso”. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343, par. 202.

adopción de medidas disciplinarias para prevenir la comisión de atrocidades por parte de las tropas bajo el mando del superior”<sup>1635</sup>.

A las anteriores medidas, la sentencia de primera instancia del *Caso Bemba* incluyó unos nuevos factores, afirmando

“Las medidas adicionales que deben tomarse en virtud del Artículo 28 (a) (ii) pueden incluir: (i) emitir órdenes específicamente destinadas a prevenir los crímenes, en contraposición a meramente emitiendo órdenes de rutina; (ii) protestar contra o criticar una conducta criminal; (iii) insistir ante una autoridad superior para que se tomen medidas inmediatas; (iv) posponer las operaciones militares; (v) suspender, excluir o volver a implementar subordinados violentos; y (vi) llevar a cabo operaciones militares de tal manera que para reducir el riesgo de delitos específicos o para eliminar oportunidades para su comisión”<sup>1636</sup>.

Como se puede observar, la CPI ha contemplado unos factores que deben ser analizados en cada caso en concreto que sean objeto de su competencia, teniendo en cuenta las facultades de control y de influencia con que cuenta el superior sobre el subordinado, con el fin de determinar si el superior incumplió con el deber de prevenir la comisión de delitos o crímenes internacionales, tal como se aplicó en la sentencia de segunda instancia que absolvió de cargos en el *Caso Bemba*<sup>1637</sup>, ello determinará como se debe seguir aplicando en futuros asuntos que contemplen la posibilidad de imputar este tipo de reproche punitivo.

### 3.3.2.- Infracción de un deber de reprimir.

Otro deber que surge en cabeza de los superiores es la de reprimir los actos desarrollados por los subordinados, en el caso con que tengan competencia para realizar esta actuación. El artículo 28 del ECPI contiene la calificación de reprimir los crímenes, diferente a como se encontraba establecido en los Estatutos del TPIY y TPIR donde se

---

<sup>1635</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 438. Elementos confirmados en por la CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 203.

<sup>1636</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 204.

<sup>1637</sup> Véase CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. Con opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański.

hablaba de “castigar”<sup>1638</sup>, como un deber diferente al de prevenir<sup>1639</sup>, cuyo propósito es que los superiores busquen a los perpetradores y llevarlos ante los tribunales o a otros Estados para que sean juzgados por sus actos.

El TPIR en el *Caso Bagilishema* expresó que el incumplimiento del deber de castigar puede surgir de la inexistencia de un ambiente de disciplina y respeto a la ley, manifestando

“(…) en lo que respecta al incumplimiento del deber de castigar, la responsabilidad del superior puede surgir de no haber creado o mantenido un ambiente de disciplina y respeto a la ley. Por ejemplo, en el caso *Čelebići*, la Sala aludió a la evidencia que indicaba que *Mucić*, el jefe de la prisión acusado, nunca había castigado a los guardias, por las noches solía ausentarse del campo, y no había hecho cumplir ninguna de las órdenes que impartió. En el caso *Blaškić*, el acusado había dado a entender a sus subordinados que ciertos tipos de conductas ilícitas eran aceptables y permanecerían impunes. Tanto *Mucić* como *Blaškić* toleraron la indisciplina entre sus subordinados, y les hicieron creer que las violaciones al derecho internacional humanitario no serían castigadas. De esto se desprende que la responsabilidad del superior, fundada en el incumplimiento del deber de castigar, puede aplicarse ante un patrón de conductas amplias por parte del superior que alienten a sus subordinados a cometer atrocidades (…)”<sup>1640</sup>.

Los términos castigar y reprimir son conceptos que tienen una connotación diferente. Reprimir hace referencia a la intervención del superior durante la ocurrencia de los hechos, para evitar que continúe con su realización, contener o frenar los mismos para que no se sigan cometiendo. Por su parte, castigar es un acto posterior, sancionando a las personas que ya cometieron un crimen. Teniendo en cuenta que en los Estatutos de los

---

<sup>1638</sup> El artículo 7.3 del Estatuto del TPIY y el artículo 6 del Estatuto del TPIR expresaba “El hecho de que cualquiera de los actos señalados en los artículos 2 a 5 del presente estatuto fuera cometido por un subordinado no releva al superior de responsabilidad criminal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer dichos actos o ya los había cometido y el superior omitió en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir dichos actos o para castigar a los perpetradores posteriormente.” (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).

<sup>1639</sup> El TPIY en el *Caso Halilović* expresó “El deber de castigar es una forma de responsabilidad aparte, distinta de la que se deriva del incumplimiento del deber de prevenir, que de hecho ha sido desarrollada a partir de la importancia que se le asigna al deber de un jefe de adoptar medidas preventivas”. TPIY. *Caso The prosecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T, par. 94.

<sup>1640</sup> TPIR, *Caso The prosecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T, par. 50.

TPIY y TPIR no se hablaba del deber de denunciar, se incluyó en esta obligación como estándar mínimo la investigación de los presuntos delitos<sup>1641</sup>.

Esta distinción es relevante, en la medida que los crímenes que están bajo la competencia de la CPI son actos que por regla general se extienden en el tiempo, de tal manera que la obligación de reprimir surge en el momento en que el superior conoce de la existencia de los hechos, con lo que no podrá en estricto sentido, prevenir su ejecución antes que se inicien, pero también surgirá cuando ha tenido conocimiento de dichos hechos antes que se cometieran, pero no ha podido impedir que comience su ejecución.

Al respecto, la CPI en el *Caso Bemba* ha tratado de darle una relación a los deberes de reprimir y el de castigar, manifestando que son obligaciones que surgen en momentos diferentes, donde el primero tiene como propósito detener crímenes que están en curso, y el segundo hace referencia a la obligación de sancionar a los subordinados con posterioridad a la ejecución de los delitos<sup>1642</sup>. A su vez, la CPI se pronuncia frente a la forma en que los deberes podrían cumplirse

“La Sala desea señalar que el superior puede cumplir el deber de castigar, que le exige adoptar las medidas necesarias para sancionar la comisión de los crímenes, de dos maneras diferentes: o bien adoptando por sí mismo las medidas necesarias y razonables para castigar a sus fuerzas, o, si no tiene la capacidad de hacerlo, poniendo el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Por lo tanto, el deber de castigar (como parte del deber de reprimir) constituye una alternativa al tercero de los deberes mencionados en el párrafo a) ii) del Artículo 28, esto es, el deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, cuando el superior no esté en una posición que le permita adoptar por sí mismo las medidas necesarias y razonables para castigar”<sup>1643</sup>.

---

<sup>1641</sup> El TPIY en el *Caso Kordic y Čerkez* expresó “El deber de castigar incluye por lo menos la obligación de investigar los posibles crímenes o de someterlos a investigación, de establecer los hechos y, si el superior carece de poderes para castigar, de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes”. TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 26 de febrero de 2001, No. IT-95-14/2-T. par. 446. En el mismo sentido TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 302. TPIY. *Caso The persecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T, par. 97. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Strugar*, sentencia de 31 de enero de 2005, No. IT-01-42-T. par. 376.

<sup>1642</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 439. En el mismo sentido CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 206.

<sup>1643</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 440.

Lo relevante es analizar cada caso en concreto, puesto que las medidas represivas del superior variarán de acuerdo a la cadena de mando con que ostente y el grado efectivo de control, puesto que se convierte en un elemento del contenido y alcance de los deberes del superior<sup>1644</sup>, lo que promoverá el estudio de la forma como se estaría actuando adecuadamente, ya sea adoptando las decisiones por sí mismo, o poniendo en conocimiento de las autoridades competentes<sup>1645</sup>.

### **3.3.3.- Infracción al deber de denunciar**

En cuanto al deber de denunciar, la conducta que se requiere es poner en conocimiento de las autoridades competentes para que adelanten el enjuiciamiento e investigación de los hechos criminales. Este aspecto ya sería una intervención posterior a la comisión de los delitos, por lo que es una conducta dirigida a la represión general, diferente a la de reprimir que se analizó precedentemente, puesto que al no contar con la capacidad o competencia para adoptar las medidas disciplinarias o sancionadoras directamente, el superior actúa e informa en procura que quienes pueden investigar y sancionar realicen los actos que les corresponde.

Respecto del deber de denunciar ante las autoridades competentes, AMBOS señala:

“(…) la formulación ‘poner (…) en conocimiento de las autoridades competentes’ es nueva: sin embargo, se corresponde en lo sustancial con el requisito anterior de ‘informar’. Llena un vacío en la medida en que formula un deber específico para aquellos superiores que no poseen ellos mismos poderes disciplinarios para ‘reprimir’ un crimen”<sup>1646</sup>.

De acuerdo al análisis estricto del artículo 28 del ECPI, este deber se puede dar cuando el superior haya tenido conocimiento de los hechos antes o durante su comisión y que ya los haya prevenido reprimido, si podía y no hubiere logrado el resultado. Frente a la posibilidad que el superior deba denunciar delitos de los que tiene conocimiento con posterioridad a su ejecución, la aplicación es dudosa, en la medida que el ECPI determinan que la responsabilidad se atribuirá en el caso en que se tenga conocimiento de que los hechos se estaban cometiendo o se proponían cometerlos, más no se habla de que se

---

<sup>1644</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Popović et al*, sentencia de 10 de junio de 2010, No. IT-05-88-T, par. 2042 y ss.

<sup>1645</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 207.

<sup>1646</sup> AMBOS, K. “Superior Responsibility”, *Óp. Cit.*, p. 862.

hubieran ya consumado. La interpretación que no sea posible la denuncia, no tendría lugar a considerarse puesto que se dejaría sin relevancia este deber. Lo relevante es verificar que no se de un aporte en los hechos criminales, caso en el cual habrá que analizar otras figuras como el encubrimiento o el derecho de no auto incriminarse.

La CPI en el *Caso Bemba* analizó el deber de denunciar, y fue uno de los puntos que mayor relevancia le otorgó en la medida que los hechos daban a entender que se había omitido el transmitir a las autoridades competentes los delitos realizados, por ello expresó

“El deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, al igual que el deber de castigar, surge luego de la comisión de los crímenes. Ese deber requiere que el jefe adopte activamente medidas a fin de asegurar que los autores sean sometidos a la justicia. Esto remedia la situación en la cual los jefes no tienen la capacidad de sancionar a sus fuerzas. Esto incluye aquellas circunstancias en las cuales el superior tiene la capacidad para adoptar medidas, pero esas medidas no parecen ser las más adecuadas”<sup>1647</sup>.

Como en los demás deberes del superior, la obligación de denunciar deberá analizarse caso a caso para determinar si efectivamente se cumplió con la misma. La jurisprudencia internacional de los Tribunales Ad Hoc, en el *Caso Boškoski y Tarčulovski* puso de manifiesto que la denuncia no será suficiente cuando el superior tiene conocimiento que las autoridades competentes no están en funciones o sabe que la probabilidad que se de una investigación fraudulenta<sup>1648</sup>. En el mismo sentido, si se presentan las denuncias pero no se adelantan de manera adecuada, el superior no será responsable. El TPIY en el *Caso Popović et al* expresó

“Aun cuando la investigación realizada no haya tenido un resultado satisfactorio, el superior no puede ser responsabilizado a la luz del párrafo 3) del Artículo 7 si el fracaso de las autoridades que llevaron a cabo la investigación no le es atribuible y si él o ella no sabía, o no podía anticipar en ese momento, que la investigación sería un fracaso. En tal caso, no se le exigen al superior denuncias o acciones adicionales”<sup>1649</sup>.

La CPI ha establecido que el deber de denunciar se da cuando el superior no cuenta con el poder de sancionar a los subordinados por los crímenes realizados, o cuando tiene la

---

<sup>1647</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424, par. 442.

<sup>1648</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Boškoski y Tarčulovski*, sentencia de 19 de mayo de 2010, No. IT-04-82-A, par. 234.

<sup>1649</sup> TPIY, *Caso The Prosecutor c. Popović et al*, sentencia de 10 de junio de 2010, No. IT-05-88-T, par. 1046.



capacidad de tomar ciertas medidas, pero tales medidas serían inadecuadas<sup>1650</sup>. A su vez, consideró

“(…) que el deber de sancionar o someter el asunto a las autoridades competentes tienen como objetivo garantizar que los delincuentes sean llevados ante la justicia, para evitar la impunidad y prevenir futuros delitos. Estos deberes surgen después de la comisión de los delitos”<sup>1651</sup>.

Para el *Caso Bemba*, la CPI en primera instancia encontró que se había incumplido con el deber de denunciar, en la medida que se contaba con un sistema judicial militar que permitía realizar una investigación y enjuiciamiento de los subordinados<sup>1652</sup>. Adicionalmente, el imputado tenía el poder de arrestar, detener y poner en libertad unilateralmente a los soldados, así como de suspender a cualquier comandante militar<sup>1653</sup>. No obstante, en la apelación, se cuestionó que no se probó adecuadamente estos hechos, y absolvió al procesado al encontrar que se cumplió con las medidas necesarias y razonables<sup>1654</sup>. Por ello, como se ha dicho anteriormente, será necesario que se analice cada caso en concreto y se verifique la competencia y circunstancias fácticas que rodearon los crímenes, para determinar si existió algún incumplimiento al deber de denunciar.

### **3.4.- El conocimiento e intención como elemento subjetivo de la responsabilidad del superior.**

El último elemento de la responsabilidad del superior hace referencia al aspecto subjetivo que el artículo 28 del ECPI<sup>1655</sup> ha establecido, de manera específica frente a lo consagrado en el artículo 30 de la misma norma (elemento subjetivo que contiene conocimiento e intención). Se incorpora un requisito moral en el que es necesario que se

---

<sup>1650</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 208.

<sup>1651</sup> *Ibíd.* par. 209.

<sup>1652</sup> La Sala de Primera Instancia concluyó que el Señor Bemba no tomó todas las medidas necesarias y razonables en respuesta a los delitos del MLC en la República Centroafricana.

<sup>1653</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 493.

<sup>1654</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. par. 196 y ss. Con opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański.

<sup>1655</sup> El artículo 28 del ECPI señala al respecto en los literales a.i y b.i lo que los superiores serán responsables sólo si: “(a.i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y (b.i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (...)”

tenga conocimiento<sup>1656</sup> o razón para saber que se iban a cometer una serie de crímenes por parte de los subordinados, excluyendo la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva, lo que para algunos se ha reducido los requerimientos generales subjetivos para todos los crímenes de competencia de la CPI<sup>1657</sup>.

Este aspecto ha venido siendo reconocido por diversos instrumentos internacionales, así el artículo 86.2 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales utiliza la frase “(...) poseían información que les permitiera concluir (...)”. El artículo 6 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad emplea la locución “(...) tenían motivos para saber (...)”. El artículo 7.3 del Estatuto del TPIY y el artículo 6.3 del Estatuto del TPIR usan la expresión “(...) tenía razones para saber (...)”. El artículo 6.3 del Estatuto del TESL recurre al enunciado “(...) hubiese tenido motivo para saber (...)”.

Todas estas expresiones, encuentran un sentido muy similar al artículo 28 del ECPI. No obstante, esta norma internacional hace una diferenciación entre los superiores militares y los civiles en cuanto al elemento subjetivo y la imprudencia, determinando una exigencia mayor en el caso de los primeros, puesto que serán responsables cuando “conozcan” de la comisión de los crímenes, o cuando “hubieran debido conocer” (concepto muy cercano a la imprudencia); mientras que para los segundos, solo les será aplicable en el caso que “conocen” de los crímenes o si actuaron con “ignorancia deliberada” sobre la ejecución de los delitos, en el caso que disponían de la información suficiente para considerar que se estaría en un peligro, situación de la que ya se había pronunciado la jurisprudencia internacional<sup>1658</sup>.

---

<sup>1656</sup> El conocimiento en términos del ECPI en el artículo 30.3 establece que se entiende “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”

<sup>1657</sup> Vid. MELONI, C. *Command Responsibility in International Criminal Law*, Óp. Cit., p. 179 y ss.; AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Óp. Cit., p. 321 y ss.; WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 393 y 394.

<sup>1658</sup> Al respecto se pronuncia TPIR, *Caso the Prosecutor c. Kayishema and Ruzindana*, Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, No. ICTR-95-1-A. par. 703.

Este conocimiento no puede presumirse, sino que debe ser probado ya sea mediante pruebas directas o indirectas<sup>1659</sup>, así como tampoco la carencia del mismo no podrá considerarse como una forma de defensa válida, en el caso que el superior se abstuvo intencionalmente de adquirir ese conocimiento<sup>1660</sup>. En ese sentido, y con el fin de procurar resolver estas dificultades, la CPI ha desarrollado como elementos que permiten inferir el conocimiento efectivo por parte del superior en primer lugar el número y naturaleza de actos ilegales cometidos, así como su carácter generalizado o no; en segundo término el lapso de tiempo en que fueron ejecutados los crímenes; en tercer lugar el número de las tropas implicadas en los hechos; en cuarto lugar los medios de comunicación disponibles y el modus operandi; y por último el lugar y las funciones del sospechoso dentro de la jerarquía<sup>1661</sup>.

Dentro del elemento subjetivo no se requiere que el superior comparta la misma intención del subordinado<sup>1662</sup>, incluso se podría considerar que son diferentes, puesto que la responsabilidad del superior es una forma subsidiaria de responsabilidad penal derivada de la omisión contraria a deber, de tal manera que no se le puede exigir que comparta la intención del autor-subordinado<sup>1663</sup>, al respecto ARNOLD expresa

---

<sup>1659</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 1 de septiembre de 2004. No. ICTY-99-36-T. par. 278; TPIY. *Caso The prosecutor c. Delić*. Sentencia de 15 de septiembre de 2008. No. IT-04-83-T. par. 64; CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 430. Al respecto NYBODAS expresó “si no hay pruebas directas del conocimiento, éste no puede presumirse sino que deberá demostrarse sobre la base de pruebas indiciarias. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia en su decisión en el *caso Aleksovski*, sostuvo que ‘(e)l rango de superior de un individuo es por sí mismo un indicio significativo de que tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados’. Esto abona el punto de vista según el cual si bien el rango superior por sí sólo no basta para probar que el superior tenía conocimiento efectivo de los crímenes, las pruebas

que deberán presentarse a fin de probar la responsabilidad del superior podrán variar dependiendo de la posición de autoridad y el nivel de responsabilidad del superior”. NYBONDAS, M.L., *Command responsibility and its applicability to civilian superiors*, Óp. Cit., p. 35.

<sup>1660</sup> Cfr. JIA, B. “The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, p. 141.

<sup>1661</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 431. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 191-195.

<sup>1662</sup> En ese sentido se ha pronunciado TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 1 de septiembre de 2004. No. ICTY-99-36-T. par. 717.; TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, No. ICTR-99-52-A. par. 865; TPIR, *Caso the Prosecutor c. Théoneste Bagosora*, Sentencia de 14 de diciembre de 2011, No. ICTR-98-41-A. par. 384.

<sup>1663</sup> Cfr. MELONI, C. *Command Responsibility in International Criminal Law*, Óp. Cit., p. 190.; WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 396.

“(…) A diferencia del autor principal o el cómplice, el superior no tiene que conocer todos los detalles o los crímenes que se planeaban cometer. Basta que él/ella creyese que uno o más de sus subordinados puede cometer uno o más crímenes previstos en el Estatuto de la CPI. El elemento ‘hubiere sabido’ o ‘hubiere debido saber’ es específico en cuanto exige solamente uno de los dos componentes del elemento subjetivo, esto es, la intención y el conocimiento como se conocen en los sistemas civilistas. No es necesario que el superior compartiese la intención del autor principal. El mero conocimiento, o la omisión de procurar conocimiento cuando éste le hubiese sido exigido por las circunstancias es per se suficiente. Este tipo de omisión de procurar conocimiento puede constituir ya sea una negligencia inconsciente o también negligencia consciente, esto es, temeridad”<sup>1664</sup>.

Resulta claro que a todos los superiores (militares y civiles) se les impone un estándar de conocimiento, los cuales serán calificados en cada caso específico. El problema girará en torno a si se conoce la intención de sus subordinados y decide no hacer nada; no se ha enterado de que los subordinados se proponían cometer los delitos, debido a que no cumplió adecuadamente con sus obligaciones como superior; y, por último, tiene a su disposición la información necesaria para conocer de la intención o conducta de sus subordinados, pero que no hace uso de ella con el propósito de no verse obligado a interferir en la conducta de sus subordinados. Para obtener una mayor claridad frente a las previsiones entorno al elemento subjetivo, se hace necesario explicar de manera más detallada cada una de ellas en las siguientes líneas.

### **3.4.1.- El superior tenía conocimiento de los crímenes**

El elemento subjetivo más agudo en la responsabilidad del superior se da en el caso del conocimiento o riesgo inminente del peligro de ejecución de crímenes de los subordinados y no realiza ningún acto dirigido a impedirlo. Este estándar fue establecido para los superiores civiles o militares desde los juicios realizados con posterioridad de la Segunda Guerra Mundial, en el *Caso Yamashita*<sup>1665</sup> y en el TMI del Lejano Oriente, donde se sostuvo “(…) si una persona tenía conocimiento de no ser por negligencia o indolencia, o

---

<sup>1664</sup> ARNOLD, K. y TRIFFTERER, O. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article”. *Óp. Cit.*, pp. 795-843. p. 837.

<sup>1665</sup> Al respecto se expresó “(…) los crímenes que se demostró que fueron cometidos por las tropas de Yamashita fueron tan generalizados, tanto en el espacio como en el tiempo, que podría considerarse que constituyen prueba indiciaria de que el acusado sabía de su comisión, o prueba de que debió haber incumplido el deber de comunicar a sus tropas el estándar de conducta exigido”. USA. *Trial of General Tomoyuki Yamashita*. p. 43. Traducción libre.

debió haber tenido ese conocimiento, no estará excusada por su inacción si su cargo le exigía o le permitía tomar medidas para prevenir tales crímenes (...)”<sup>1666</sup>.

De acuerdo a lo planteado por algunos autores, para poder aplicar este juicio de reproche se requeriría que el superior tenga conocimiento que coopera con una circunstancia que pone en peligro bienes jurídicos, el cual proviene de un grupo de personas que se encuentran bajo su control, lo que determina un grado de consciencia y competencia en la posición de garantía sobre los derechos que pueden verse amenazados, de los que tenía el deber de evitar ser vulnerados<sup>1667</sup>.

Este conocimiento de la realización o ejecución de los crímenes de base, comprende la totalidad de los elementos (objetivos, subjetivos y de contexto) que cada uno requiere para configurarse, y que deben probarse tanto para el ejecutor-subordinado, como para el superior<sup>1668</sup>. Así por ejemplo, en el caso de un crimen de lesa humanidad, sería perfectamente imputable al superior cuando se está inmerso en un ataque sistematizado y que a pesar de saberlo, el superior no realiza las medidas para impedirlo. Lo mismo sucedería en los crímenes de guerra, donde el superior conoce que el delito es cometido en el contexto de un conflicto armado (interno o internacional), o incluso en el genocidio, donde el superior al saber la finalidad de destrucción con la que actúan los subordinados, no toma las medidas para contenerlo conforme a su posición y competencia en la organización, y esta omisión se realiza con una finalidad trascendente<sup>1669</sup>.

A su vez, el superior deberá ser consciente que cuenta con la potestad de garantizar que no sean vulnerados los bienes jurídicos. Este punto va atado a la capacidad de actuar, porque la reflexión que se deberá realizar por el jefe de *iure* o de *facto* será que el resultado es producto de su omisión, debido a que si hubiera intervenido, el delito se habría evitado.

Al interior de la responsabilidad del superior, la conducta que tiene mayor reproche es aquella en la que se tiene conocimiento de la realización de los crímenes, de tal manera

---

<sup>1666</sup> Tokyo Trial, Official Transcript, 4 November 1948, pp. 48, 445.

<sup>1667</sup> Véase GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 383.

<sup>1668</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 195.

<sup>1669</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 19 de abril de 2004, No. IT-98-33-A, par. 133 y 134. TPIR, *Caso The persecutor c. Alfred Musema*, Sentencia del 27 de enero de 2000, No. ICTR-96-13-T. par. 180 y 181.

que es suficiente saber que los subordinados ejecuten estos actos para entender que se ha cumplido el elemento subjetivo, corriendo la suerte de dolo, al desplazar la intencionalidad o negligencia<sup>1670</sup>, primando el elemento cognitivo, aunque para algunos autores sea necesario probar el beneplácito con el delito por parte del superior<sup>1671</sup>, teniendo en cuenta que éste conoce de todos los elementos materiales del delito realizado.

Para algunos autores como AMBOS, el deber del superior hace concluir de la información con la que cuenta que los subordinados, lo que constituye un “conocimiento constructivo”, el cual ha sido entendido

“(…) como el requerimiento de información confiable y concreta que permita al superior conocer sobre la comisión de los crímenes. Hessler correctamente establece que el conocimiento constructivo consiste en el deber de hacer inferencias de datos los datos que conoce y llevar adelante una investigación razonable de los hechos ‘sospechosos’ de los que actualmente está en conocimiento”<sup>1672</sup>.

En cuanto a la forma como se probaría el conocimiento del superior, la CPI en el *Caso Bemba* determinó una serie de elementos que ya venían siendo aplicados por la jurisprudencia del TPIY, dentro de los que encontramos

“Número y extensión de actos ilícitos; comisión generalizada; momento o tiempo en el que éstos tuvieron lugar; tipo y número de tropas involucradas; medios de comunicación disponible; modus operandi de actos semejantes; extensión y naturaleza de la posición del superior y responsabilidad en la estructura jerárquica; localización temporal y geográfica del superior en el momento de la comisión de los actos o la existencia de una estructura organizada con un sistema de información y supervisión”<sup>1673</sup>

A modo de conclusión, en el caso de conocimiento del superior, esa conducta es suficiente para imputar la responsabilidad, teniendo en cuenta la capacidad para actuar y la posición de garante, y como no puede ser presumido, se deberá acudir a los indicios y tenerlos en cuenta en cada caso en concreto.

---

<sup>1670</sup> Cfr. AMBOS, K. “Superior Responsibility”, *Óp. Cit.*, p. 847.

<sup>1671</sup> Cfr. METTRAUX, G., *The Law of Command Responsibility*, *Óp. Cit.*, pp. 78-79.

<sup>1672</sup> AMBOS, K. “Superior Responsibility”, *Óp. Cit.*, p. 847. Citando a HESSLER, C. “Command Responsibility for War Crimes”, en 82 *Yale Law Journal*, 1973. pp. 1278 y 1279

<sup>1673</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 431. Posición reiterada en CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 193.

### 3.4.2.- El superior hubiere debido saber o tenía razones para saber de los crímenes

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de jefes militares de *iure* y de *facto*, el estándar subjetivo mínimo establecido en el artículo 28 del ECPI<sup>1674</sup>, es la imprudencia, en el que se cuestiona la capacidad de inferir el riesgo sobre la base de ciertos hechos de los que conocía, o el desconocimiento de unos hechos donde el comportamiento de las tropas puede generar vulneración de bienes jurídicos de las personas, los cuales debía conocer conforme a los deberes de control, vigilancia y cuidado.

La ignorancia de hechos delictivos por parte de los superiores ha sido condenada por la jurisprudencia internacional, principalmente en los casos *Hostage* y *Roehling*, donde cuestiona el deber de conocer y el deber de investigar, concluyendo que su ausencia era consecuencia de la negligencia de los jefes militares<sup>1675</sup>.

Posteriormente, el artículo 86.2 del Protocolo Adicional I<sup>1676</sup> establece una influencia en este estándar entre el conocimiento efectivo y la ignorancia deliberada de los hechos (diferente a como se encuentra estipulado en el ECPI). Esta norma fue aplicada por la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, incluso en cierta forma de manera contradictoria, principalmente en el *Caso Čelebići* y *Blaškić*. En el primero se consideró que el superior debe ir mas allá del simple conocimiento, e incluso acudir a la averiguación de los hechos e investigar si los subordinados han cometido un crimen<sup>1677</sup>. Esta posición fue contradicha en el segundo, puesto que cambiaba la posición de la jurisprudencia internacional, y solo se podría atribuir responsabilidad si el superior contaba con la

---

<sup>1674</sup> El artículo 28. a) del ECPI establece “(...) conforme a la circunstancias, el superior hubiere debido saber (...)”.

<sup>1675</sup> Vid. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 400.

<sup>1676</sup> El párrafo 2 del Artículo 86 prevé que: “El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

<sup>1677</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al.* (“*Celebici*”), sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T. par. 393. Esta posición fue corregida en la segunda instancia, donde se expresó “un superior será penalmente responsable en virtud de los principios de la responsabilidad del superior sólo si tenía a su disposición información que lo hubiese puesto sobre aviso de los crímenes cometidos por sus subordinados. Esto es compatible con el estándar consuetudinario según el cual el elemento subjetivo debe existir al momento de los hechos imputados en el Escrito de Acusación”. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al.* (“*Celebici*”), sentencia del 20 de febrero de 2001, No. IT-96-21-A. par. 241.

información específica que lo hubiese puesto sobre aviso de tales crímenes, de acuerdo a las circunstancias del momento<sup>1678</sup>.

Ahora, respecto al estándar “tenía razones para saber”<sup>1679</sup>, tal y como se enunciaba en los Estatutos del TPIY y TPIR<sup>1680</sup>, requiere que el superior militar se encuentre debidamente informado de las actividades que realizan los subordinados, principalmente por el tipo de hechos que eventualmente pueden afectar ciertos derechos como la integridad y la vida de las personas, de tal manera que la vigilancia y control que se tenga sobre los actos que realizan las tropas sea adecuado.

Con la aparición del artículo 28 del ECPI, el estándar a sido cambiado a como se venía aplicando por la jurisprudencia internacional, retomándose a la forma como se venía usando anteriormente, es decir, una responsabilidad por imprudencia<sup>1681</sup>, con el estándar “hubiere debido saber”<sup>1682</sup>. En palabras de GARROCHO, esta norma parece reprochar “(...) a los jefes militares y asimilados es no haber conocido aquello que debían conocer al haber incumplido ciertos deberes de cuidado en relación con las actividades y operaciones de sus tropas”<sup>1683</sup>. El artículo 28 a) del ECPI parecería que consagra una comisión por omisión imprudente o culpa inconsciente por el incumplimiento del deber de vigilancia,

---

<sup>1678</sup> Cfr. TPIY, *Caso The Prosecutor c. Blaskic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T, par. 324 y 332.

<sup>1679</sup> Este criterio bajo el concepto de AMBOS no es sustancialmente diferente al de “hubiere debido saber” establecido actualmente en el ECPI. AMBOS, K. “Superior Responsibility”, *Óp. Cit.*, p. 866. En el mismo sentido MELONI, C. *Command Responsibility in International Criminal Law*, *Óp. Cit.*, p. 184 y ss. Aunque la CPI ha afirmado que el ECPI impone a los superiores un deber más activo, de tomar las medidas necesarias para obtener información sobre la conducta de sus fuerzas e investigar, independientemente de si la información estaba disponible en ese momento. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 433.

<sup>1680</sup> El artículo 7.3 del Estatuto del TPIY y el artículo 6 del Estatuto del TPIR expresaba “El hecho de que cualquiera de los actos señalados en los artículos 2 a 5 del presente estatuto fuera cometido por un subordinado no releva al superior de responsabilidad criminal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer dichos actos o ya los había cometido y el superior omitió en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir dichos actos o para castigar a los perpetradores posteriormente”.

<sup>1681</sup> Cfr. MELONI, C. *Command Responsibility in International Criminal Law*, *Óp. Cit.*, p. 182 y ss.; GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 402.

<sup>1682</sup> El ECPI acoge este criterio, el cual de manera infructuosa intentó introducir el Comité Internacional de la Cruz Roja durante las negociaciones del Protocolo Adicional I, en el artículo 76 del proyecto del CICR, que expresaba “si tenían conocimiento o debían tenerlo”. Reportes Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en Conflictos Armados, CCDH/I/306, 1978.

<sup>1683</sup> GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 403.



supervisión y control por desconocimiento reprochable<sup>1684</sup> (con una aminoración punitiva), respecto de los delitos que bajo el título de dolo se han ejecutado por los subordinados, las cuales siempre serán calificadas con intencionalidad.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de saber cuales son los deberes de cuidado en el caso de jefes militares de *iure* resulta relativamente sencillo analizar o evaluar su conducta, tomando en cuenta las normas que determinan las obligaciones en lo que respecta al mano frente a los subordinados. La situación se complica en los superiores de *facto*, puesto que no se presenta una existencia de regulación interna, por lo tanto se deberá acudir al Derecho Internacional Humanitario y a principios generales del derecho como el de *neminem leadere* para determinar las obligaciones y medidas de control y vigilancia, así como los bienes y personas protegidas<sup>1685</sup>.

La aplicación actualmente del estándar “hubiere debido saber” no es del todo clara. Es perfectamente posible que se presente una situación de omisión con actuación dolosa, cuando la desatención esté encaminada a permitir que el resultado se produzca, lo que dependerá de la probabilidad y seguridad en que se den las consecuencias de los hechos, lo que determinará si se aplica el dolo eventual o el dolo directo de primer grado<sup>1686</sup>. Lo que si resulta claro es que se excluye la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva para este caso.

A su vez, el artículo 28 del ECPI no solo expresa que el superior “hubiere debido saber”, sino que esto debe ser “en razón de las circunstancias del momento”. Aquí juega un papel muy importante las pruebas con que se tenga para poder acusar al superior, puesto que las mismas pueden ser afectadas o alteradas con el propósito de proteger a los diferentes miembros de la organización, de tal manera que se deberá acudir a la prueba indirecta, la cual permitirá la determinación de los hechos<sup>1687</sup>. Al respecto MELONI afirma

---

<sup>1684</sup> Cfr. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 394.

<sup>1685</sup> Cfr. GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Óp. Cit., p. 409.

<sup>1686</sup> Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Band II, München: C.H. BECK, 2003, p. 31-185.

<sup>1687</sup> Este problema ya se presentó en el *Caso Yamashita*, donde la defensa argumentó que el general japonés no tenía conocimiento de que sus tropas estaban cometiendo los crímenes ante lo cual el Tribunal, sin tener una prueba directa del conocimiento y considerando que Yamashita alegaba tener las comunicaciones cortadas, señaló que dado lo extendido de los crímenes no era razonable pensar que Yamashita no tenía conocimiento de ellos.

“A fin de demostrar el requisito de ‘hubiere debido saber’ en el presente caso, es decisivo establecer que el superior habría sido capaz de tener conocimiento sobre los crímenes si hubiese cumplido sus deberes de vigilancia y control. En consecuencia, si se afirma que, aun cuando el superior hubiese cumplido adecuadamente su deber de controlar a su subordinados, igualmente no habría podido tener conocimiento de los crímenes de sus subordinados, su ignorancia de tales crímenes no se consideraría culpable”<sup>1688</sup>.

A pesar de lo anterior, la CPI en el *Caso Bemba* se ha inclinado en analizar las actuaciones del superior, y manifestó claramente que no bastaba “(...) con decir qué medidas tenía que tomar como comandante, sino analizar in concreto lo que tenía que haber hecho”<sup>1689</sup>. Este estándar es totalmente diferente y perfectamente cuestionable porque el conocimiento no puede llegar al punto de decir lo que “hubiere tenido que hacer” un superior en los hechos y circunstancias particulares de cada caso<sup>1690</sup>.

Por ello se considera que debería volverse a interpretar el estándar como de imprudencia simple<sup>1691</sup>. Bajo esta óptica, es necesario poner de presente como sería su aplicación en cada uno de los deberes que tiene el superior. En el caso del deber de evitar y reprimir, el superior militar sería responsable en la misma situación por obtener información sobre el hecho de que los subordinados se proponen realizar los delitos, lo que sería una imprudencia en tener conocimiento de la situación, lo que activa el deber de evitar, para posteriormente valorar las medidas o herramientas que tiene a su disposición para evitar que sus subordinados cometan los delitos, puesto que se trataría de imprudencia en la apreciación del alcance del poder de intervención, y en el caso de ser necesario, aplicar las medidas a su alcance<sup>1692</sup>.

---

<sup>1688</sup> MELONI, C. *Command Responsibility in International Criminal Law*, *Óp. Cit.*, p. 185.

<sup>1689</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. par. 7.

<sup>1690</sup> El estándar de conocimiento en el artículo 28 a) (i) establece en inglés el término “*should have known*” (hubiere tenido que saber) no el “*should have done*” (hubiere tenido que hacer).

<sup>1691</sup> La CPI expresó “(...) el estándar ‘debería haber sabido’ requiere algo más que una obligación activa del superior de tomar las medidas necesarias para asegurarse que conoce la conducta de sus fuerzas e investigar, con independencia de la información disponible en el momento en el que se cometen los delitos. El proceso de redacción de esta disposición revela que sus redactores optaron por un enfoque más estricto en relación con los superiores militares y sus asimilados en comparación con otros superiores previstos en el artículo 28 (b) del Estatuto”. CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 433.

<sup>1692</sup> Cfr. OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 799.

En cuanto al deber de someter la cuestión al conocimiento de las autoridades competentes, se incurrirá en responsabilidad por imprudencia cuando obtiene información sobre la realización de los crímenes por parte de los subordinados y apreciar que, al no poder castigarlos por sí mismo, la única medida a su disposición es el sometimiento de la cuestión a las autoridades competentes, lo que sería imprudencia en tomar conocimiento de la situación, lo que activaría su deber de someter la cuestión a las autoridades competentes, y aplicar las medidas a su alcance<sup>1693</sup>.

Esta interpretación otorgada por la CPI es plenamente aplicable para los juzgamientos relacionados con los deberes de remitir y someter el asunto a la autoridad competente, teniendo en cuenta que no opera en estricto sentido un nexo de causalidad entre el incumplimiento y los delitos de los subordinados. *Contrario sensu*, es problemática principalmente para aquellos casos donde se determine el incumplimiento del deber de evitar, puesto que se le imputa al superior una “contribución” al crimen cometido por los subordinados, donde algunos han considerado oportuno aplicar adicionalmente la temeridad inconsciente<sup>1694</sup>.

### **3.4.3.- El superior hubiere hecho caso omiso de la información de los crímenes**

El caso de la ignorancia deliberada sobre la comisión de delitos es el estándar mínimo consagrado para los superiores civiles, conforme al artículo 28 b) i) del ECPI<sup>1695</sup>. En este caso se aplica la figura de la ceguera intencional, asimilable al concepto de dolo eventual (a pesar que la CPI no ha tenido la oportunidad de aplicar este esquema hasta el momento), que es un concepto más exigente que el aplicable a los superiores militares<sup>1696</sup>, puesto que el superior observó que sus subordinados se planteaban cometer delitos o los estaban cometiendo o por medio de informes conoce del riesgo, y decide no intervenir en el hecho intencionalmente, justificándose en la falta de conocimiento con el objetivo de buscar una reducción punitiva, lo que a la vista denota la diferencia con el estándar enunciado precedentemente.

---

<sup>1693</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 800.

<sup>1694</sup> Cfr. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 395.

<sup>1695</sup> El artículo 28 b) i) del ECPI expresa “(...) deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente (...)”

<sup>1696</sup> Cfr. AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. *Óp. Cit.* p. 223 y 224.; Cfr. GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad del superior por omisión” *Óp. Cit.*, p. 251.

La interpretación de este elemento subjetivo podría descartar la eventualidad de aplicarse por omisión simple. La jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc aplicó este estándar de manera más exigente, puesto que el superior ya se encontraba alertado del peligro y riesgo de la comisión de los crímenes, por lo tanto debía actuar<sup>1697</sup>, por ello se ha concluido que no constituye una forma de imprudencia simple, puesto que no se exige que el superior sea consciente del riesgo cierto de que sus subordinados se propongan cometer los delitos o los hayan cometidos, lo que permite concluir que nos encontramos ante un estándar de “temeridad inconsciente”<sup>1698</sup>, donde se sanciona la generación de un riesgo por parte del superior, como consecuencia de obviar la información que tiene a su disposición sobre el riesgo que se pueden cometer delitos por parte de sus subordinados<sup>1699</sup>.

La jurisprudencia de la CPI deberá desarrollar con mayor profundidad este elemento subjetivo, lo que si podrá tener en cuenta es los indicios del conocimiento efectivo, caso en el cual conforme lo ha expresado FENRICK será necesario establecer que la información indique claramente el riesgo de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer delitos; que la información estaba disponible para el superior y; que el superior, en tanto conocedor de la existencia de una información de tal naturaleza, declinara remitirse a tal información<sup>1700</sup>.

#### **4.- La aplicación de la responsabilidad del superior por omisión en el Derecho Colombiano**

La responsabilidad penal de los superiores por omisión respecto a violaciones de Derechos Humanos o infracciones graves al DIH se ha tratado en el ordenamiento jurídico

---

<sup>1697</sup> Cfr. TPIR, *Caso The prosecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 3 de julio de 2002, No. ICTR-95-1A, par. 35-42.; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. (“Celebici”)*, sentencia del 20 de febrero de 2001, No. IT-96-21-A, par. 241; TPIY, *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 29 de julio de 2004, No. IT-95-14-A, par. 62.; TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihanovic and Amir Kubura*, sentencia de 22 de abril de 2008, No. IT-01-47-A, par. 26-29.

<sup>1698</sup> Al respecto se puede consultar VAN SLIEDREGY, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, La Haya: TMC Asser Press, 2007, p. 54; LANDRUM, B., “The Yamashita War Crimes Trial: Command Responsibility Then and Now”, *Military Law Review*, Vol. 149 (1995), pp. 293-301, p. 300.

<sup>1699</sup> Cfr. OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Óp. Cit.*, p. 805.

<sup>1700</sup> Vid. FENRICK, W. J., “Article 28. Responsibility of commanders and other superiors”, En *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (ed.), Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 520.

colombiano mediante el artículo 25 del Código Penal<sup>1701</sup>, el cual estipula la omisión impropia o comisión por omisión e instituye las circunstancias en las que una persona está en posición de garante. Tal como lo expresa COTE-BARCO

“(…) Esta norma ha sido interpretada tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) conforme al planteamiento del profesor alemán Günther Jakobs, específicamente a partir de la distinción que este hace entre competencia por organización y competencia institucional como fundamentos de la responsabilidad penal”<sup>1702</sup>.

En el caso del derecho penal colombiano vigente, no existe una aplicación del todo clara de la figura de responsabilidad del superior por omisión, para lo cual deberá hacerse diferenciación entre la competencia en la jurisdicción ordinaria y en la Jurisdicción Especial para la Paz (punto que se analizará en el siguiente acápite de este escrito). Frente al primero, los jefes militares o civiles se consideran responsables por los delitos que cometen por sí mismos (autor directo), así como por los crímenes que ejecutan los subordinados que se encuentran bajo su mando y control efectivo o su autoridad, en el entendido que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos de cada forma de responsabilidad, un superior puede ser penalmente imputado por acción u omisión.

En este último caso, se incluyen las circunstancias relacionadas con el incumplimiento de deberes de acción tipificados (omisión propia); y la comisión por omisión por no impedir un resultado evitable que estaba jurídicamente obligado a evitar, cuando se encuentre en una posición de garante<sup>1703</sup>, sea que el crimen se efectúe por

---

<sup>1701</sup> La norma expresa “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente”.

<sup>1702</sup> COTE-BARCO, G. E., “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional?”, *Óp. Cit.* p. 76.

<sup>1703</sup> La Corte Constitucional en Sentencia SU – 1184 de 2001 expresa “(…) Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de

subordinados que se encuentran bajo su mando y control efectivo, o lo cometan miembros de grupos armados ilegales (omisión impropia). Lo que no está claro es si responde como autor, coautor o como cómplice, lo que dependerá de la relevancia en la producción del resultado, y la presencia de los otros requisitos que se analizaron previamente, relacionados con el acuerdo previo y el conocimiento actual y cierto de la comisión de los crímenes, excluyendo la negligencia consciente o dolo eventual.

En este evento, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha establecido que la Fuerza Pública ejerce esta posición (y lo resaltan algunos autores como COTE-BARCO) conforme a dos posibilidades

“(…) o bien porque en el desarrollo de actividades peligrosas han creado riesgos que en principio son permitidos pero de los cuales se derivan deberes de seguridad en el tráfico y, cuando estos fallan, deberes de salvamento (competencia por organización), o bien porque al pertenecer a una institución básica para la estructura social tienen el deber de ‘configurar un mundo en común con alguien’ y esto supone protegerlo contra los peligros que lo amenacen, independientemente de dónde provengan estos peligros (competencia institucional)”<sup>1704</sup>.

Conforme a lo anterior, la responsabilidad penal de los superiores militares o policiales por crímenes cometidos por los subordinados que se encuentren bajo su mando y control efectivo en principio será a título de alguna de las formas de autoría o participación previstas en el Código Penal o Código Penal Militar<sup>1705</sup>, y cuando aquellas no sean posibles de aplicar deberá contemplarse el análisis de la omisión impropia que tiene soporte la posición de garante de aquellos sujetos que tienen el deber legal de impedir los atentados

---

salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa”. Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 578 de 2002. Esta posición fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 5 de junio de 2014, Rad. 35113.

<sup>1704</sup> COTE-BARCO, G. E., “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional?”, *Óp. Cit.* p. 78.

<sup>1705</sup> El artículo 27 del Código Penal Militar determina que “(…) el miembro de la fuerza pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuenta con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, si no concurriere causal de exclusión de la responsabilidad. A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos”.

contra la vida, libertad, integridad personal, etc., como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública frente a los derechos de la población civil. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que

“(…) Para hechos acaecidos con anterioridad al Código Penal de 2000, por ejemplo, en casos similares de «masacres» cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado tal categoría jurídica, pues desde el propio bloque de constitucionalidad el Estado se constituye en garante, posición que se materializa a través de sus agentes o servidores públicos”<sup>1706</sup>.

Este justamente es un elemento complejo<sup>1707</sup>, puesto que no basta la existencia de cualquier deber, sino que resulta indispensable que de las relaciones preexistentes surja una obligación jurídica de defensa del bien jurídico<sup>1708</sup>, de la cual, deliberadamente se abstiene de salvar el interés que se ha puesto a su cuidado, a modo que no realiza las acciones que estaban a su alcance para controlar el peligro. Para el caso de la Fuerza Pública, el orden constitucional impone el deber jurídico de salvaguardar la vida, honra y bienes de todos los habitantes del territorio nacional, así como la protección de los derechos constitucionales. En ese sentido, se puede concluir que la Fuerza Pública tiene posición de garante por la especial relación que tienen con la comunidad donde desenvuelven las tareas de amparo y protección de sus derechos más significativos y elementales<sup>1709</sup>.

Adicionalmente, tal como lo ha enunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se quiere concurren los siguientes elementos

“(…) Situación de peligro para el bien jurídico. 2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado. 3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de

---

<sup>1706</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 5 de junio de 2014, Rad. 35113

<sup>1707</sup> Al respecto se puede consultar la Teoría de los Roles formulada por JAKOBS, en JAKOBS, G. “IV. La omisión: estado de la cuestión” en *Sobre el estado de la teoría del delito*, (VV.AA.) Madrid: Civitas Ediciones, 2000. pp. 131-153.

<sup>1708</sup> El artículo 217 de la Constitución Política expresa “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

<sup>1709</sup> Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Óp. Cit. p. 663.

la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado. 4. Producción del resultado”<sup>1710</sup>.

Ahora, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2017, que regula los mecanismos de justicia transicional y la JEP, no se encontraba reglamentada la figura de la responsabilidad del superior por omisión, y la jurisprudencia acudía a los conceptos de comisión por omisión y de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, explicada en líneas precedentes.

Un caso previo a la expedición de este Acto Legislativo donde se intentó aplicar la responsabilidad del superior por omisión se encuentra en la legalización de cargos contra el jefe paramilitar José Gregorio Mangones Lugo, comandante de un frente del Bloque Norte de las AUC<sup>1711</sup>, asunto en el que el juez

“(…) reconoció que no era posible imputar al superior paramilitar los crímenes cometidos por sus subordinados a título de (i) coautoría, porque entre el superior y los subordinados no existía un plan común para cometer los mismos, ni una división de tareas para ejecutar el presunto plan común; o (ii) autoría mediata por aparatos organizados de poder, porque el jefe paramilitar no tenía el dominio del hecho, ni dio una orden para cometer los crímenes, sino que sus subordinados actuaron motu proprio”<sup>1712</sup>.

La anterior decisión fue modificada por la Corte Suprema de Justicia, al enunciar que como la figura de la responsabilidad del superior no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, la modalidad de imputación sería la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder<sup>1713</sup>, y así legalizó los cargos imputados como autor mediato.

Posteriormente, dentro de los compromisos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP en procura de satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto armado, el Acuerdo Final hace referencia a la atribución de responsabilidad de los mandos por los actos de sus

---

<sup>1710</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 5 de junio de 2014, Rad. 35113. Posición reiterada en Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 12 de octubre de 2016, Rad. 46604.

<sup>1711</sup> Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia de Legalización de Cargos de 5 de diciembre de 2011. Rad. 1215.

<sup>1712</sup> OLÁSULO ALONSO, H., CANOSA, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional” En *Polít. crim.* Vol. 13, N° 25 (Julio 2018), pp. 444-500. p. 479. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_25/Vol13N25A12.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf)].

<sup>1713</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 26 de septiembre de 2012. Rad. 38250



subordinados, tanto para los miembros de la Fuerza Pública<sup>1714</sup>, como para los superiores de las FARC-EP<sup>1715</sup>. Bajo este entendido, la JEP al momento de imponer las sanciones y responsabilidades, analizará no solo los actos propios, sino aquellos de las organizaciones a las que lideraron, tomando como fuente normativa para los miembros de la Fuerza Pública el DIH, y para los miembros de las FARC-EP el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH.

Estas disposiciones sufrieron muchas críticas debido a la ambigüedad y las divergencias con lo enunciado en el artículo 28 del ECPI, que como se analizó en líneas previas contiene la responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y sobre los hechos de competencia de la CPI<sup>1716</sup>. Se ha considerado que la modalidad impuesta en estos presupuestos, los cuales se sostuvieron en el Acto Legislativo 01 de 2017 permitirían absolver a aquellos superiores militares o guerrilleros que probaran no tener un grado suficiente de control sobre la conducta o que no obtuvieron la información suficiente sobre la comisión de los delitos.

Desafortunadamente, se tiene la idea equivocada que el Estado Colombiano tiene el deber de imponer de manera expresa la totalidad de las normas establecidas en el ECPI, en el entendido que contrariarlo sería una forma de incumplir con los deberes y compromisos internacionales adquiridos, olvidándose que los gobiernos tienen un margen de apreciación para legislar en materia de crímenes internacionales, y así ajustar las instituciones de

---

<sup>1714</sup> Al respecto, dicho documento expresa “(...) En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. Bogotá D.C. p. 152.

<sup>1715</sup> Dicho documento expresa “(...) La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía. Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”. *Ibíd.* p. 164.

<sup>1716</sup> Véase Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal De La Corte Penal Internacional Sobre La Jurisdicción Especial Para La Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia. 18 de octubre de 2017. *Óp. Cit.* p. 2.

Derecho Penal Internacional con las circunstancias propias de cada Estado. Cabe resaltar que la Corte Constitucional previamente ya ha enunciado que el artículo 28 del ECPI establece un tratamiento diferente al establecido en el sistema constitucional colombiano, el cual es aceptado y exequible exclusivamente para aquellos asuntos que se adelanten ante la CPI<sup>1717</sup>.

De acuerdo a lo anterior, el análisis en las siguientes líneas se concentrará en determinar los requisitos y elementos para la aplicación de la responsabilidad de los superiores por omisión, tomando en cuenta los puntos de convergencia y divergencia con el Derecho Penal Internacional, teniendo en cuenta el impacto que los crímenes internacionales ha tenido en la sociedad colombiana y delimitando la explicación en lo que tiene que ver con la Jurisdicción Especial para la Paz.

## **5.- Responsabilidad del superior por omisión ante la JEP**

La responsabilidad de los superiores por omisión se puede considerar una modalidad residual de imputación, a la que se puede acudir cuando no hay lugar a acudir a la autoría mediata, complicidad o determinación, dependiendo de los hechos, difícilmente cubriría los casos comparativamente más graves o representativos, circunstancia que hace parte de la esencia de los enjuiciamientos dentro de los criterios de selección y priorización en la justicia transicional colombiana.

No obstante lo anterior, en el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP se ha previsto expresamente la responsabilidad del superior para aquellos sujetos que han ostentado la calidad de mando en la Fuerza Pública y en el grupo guerrillero. De su lectura, se puede deducir que la imputación por omisión de un superior no está fundada en la mera infracción del deber, muy por el contrario, se expresa que no podrá fundamentarse exclusivamente en el rango o el ámbito jurisdicción, excluyéndose criterios de responsabilidad objetiva.

Es aquí donde surge, por ejemplo para el caso de los miembros de la Fuerza Pública el requisito que para endilgarles la comisión de actos realizados por los subordinados, deberá fundarse en el control efectivo de dicha conducta; en el conocimiento basado en la información que tuvo a su disposición antes, durante o después de la ejecución del acto; y

---

<sup>1717</sup> Véase Corte Constitucional. Sentencia C – 578 de 2002. par. 4.19.

en los medios que tuvo a su alcance para poder prevenir, y si es del caso, iniciar las investigaciones correspondientes<sup>1718</sup>. En el mismo sentido se pronuncia para el caso de los miembros de las FARC-EP, cuando expresa

“(…) La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía”<sup>1719</sup>.

En estas disposiciones se encuentra una diferencia, que como lo enuncia PORTILLA CONTRERAS

“(…) La única diferencia en materia de imputación de la responsabilidad omisiva respecto a los mandos de las FARC-EP descansa en que el Tratado realiza una interpretación auténtica sobre cómo debe descifrarse el control efectivo de la respectiva conducta, entendiéndolo como la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el Derecho Internacional”<sup>1720</sup>.

Conforme a lo anterior, se estaría ante dos situaciones que formulan respuestas distintas. En primer lugar, la falta de control efectivo por parte del superior frente a la conducta desplegada por el subordinado relacionada con la comisión de un crimen cuando contaba con el conocimiento previo o concomitante del mismo, circunstancia donde debe acudir al DIH y a lo estipulado en el artículo 28 del ECPI. Para algunos autores como PORTILLA CONTRERAS en este caso se está ante una participación por omisión de un garante en un hecho ajeno, en el que el subordinado sería el autor material doloso, puesto que el superior no impide el delito, pudiendo hacerlo<sup>1721</sup>.

---

<sup>1718</sup> Cfr. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. Bogotá D.C. p. 152.

<sup>1719</sup> *Ibíd.* p. 164.

<sup>1720</sup> PORTILLA CONTRERAS, G. “¿Es factible la estructura de la participación por omisión del mando en el acuerdo final de 24 de noviembre de 2016” En *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, Gerardo Ruíz-Rico Ruíz, Ildikó Szegedi-Maszák y Rafael A. Prieto Sanjuán (Ed.), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018. pp. 155-179. p. 157.

<sup>1721</sup> Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G. “¿Es factible la estructura de la participación por omisión del mando en el acuerdo final de 24 de noviembre de 2016”. *Óp. Cit.* p. 158.

La segunda hipótesis es la carencia de reacción del superior respecto al acto ejecutado por el subordinado, que para el caso de miembros de la Fuerza Pública sería la ausencia de denuncia, y para los sujetos pertenecientes a las FARC-EP sería no adoptar las decisiones que haya lugar, en el entendido que estos grupos no tienen la posibilidad de promover investigaciones oficiales, al encontrarse al margen de la legalidad estatal. En este caso, se presenta una responsabilidad por omisión propia, como consecuencia de no adoptar las medidas necesarias para denunciar o perseguir las conductas delictivas<sup>1722</sup>, y en consonancia con el artículo 161 del Código Penal, el cual regula el delito de omisión de medidas de protección de la población civil<sup>1723</sup>.

Como se afirmó previamente, estas disposiciones del Acuerdo Final fueron objeto de críticas, por no cumplir con los criterios establecidos en el ECPI, fundamentalmente en lo que tiene que ver con el “control efectivo de la respectiva conducta”, al exigirse un umbral probatorio más amplio que el estipulado en dicha disposición normativa, la cual se refiere a la existencia de una relación de subordinación. Por otro lado, algunos consideraron que las afirmaciones relacionadas con la disponibilidad de información contenían exigencias mucho más amplias que las impuestas en el ECPI, principalmente en lo que tiene que ver con el criterio de “hubiere debido saber”<sup>1724</sup>.

Las disposiciones establecidas en el Acuerdo Final, fueron enunciadas en lo que tiene que ver con crímenes relacionados directa o indirectamente con el conflicto armado referidos a los agentes estatales en el artículo 68 de la Ley 1957 de 2019 que remite expresamente al artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017<sup>1725</sup>. Esta norma

---

<sup>1722</sup> *Ibíd.*

<sup>1723</sup> Dicha norma expresa “El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

<sup>1724</sup> Cfr. OTÁLORA LOZANO, G. “La responsabilidad del superior en la jurisdicción especial para la paz” en *Justicia transicional en Colombia: un nuevo camino hacia la paz*, Juan Carlos Forero Ramírez (Coord.), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017. pp. 311-359. p. 327.

<sup>1725</sup> Esta norma enuncia “Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta

incluyó nuevas circunstancias, cuyos elementos serán analizados en líneas posteriores. Por ahora se puede enunciar en primer lugar, que dispuso la aplicación del Código Penal Colombiano, el DIH (como ley especial) y las reglas operacionales de la Fuerza Pública, mientras estas últimas no se encuentren en contravía del ordenamiento jurídico. Este punto resulta diferente a lo enunciado en el Acuerdo Final, ya que éste solo hacía referencia a la necesidad de valorar las reglas operaciones y no contenía el Código Penal como fuente para la determinación de la responsabilidad de mando. Ello conlleva a la aplicación por parte de la autoridad competente de las modalidades de autoría y participación estipuladas en esta norma, aunque dicha remisión no resulta necesaria, puesto que como se enunció en líneas previas, el Código Penal se constituye como una fuente de derecho aplicable por parte de la JEP.

Adicionalmente, esta norma aclaró lo referente al control efectivo para los miembros de la Fuerza Pública, estableciendo cuatro condiciones que deben cumplirse para atribuir la responsabilidad de las conductas realizadas por los subordinados. Estos requisitos serán empleados exclusivamente en aquellos casos donde se requiera de *domino* en la conducta, lo que excluye su aplicación a título de determinación o complicidad, donde no se requiere que el agente cuente con control sobre el resultado del tipo penal.

Esta norma fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, ya que según el criterio de algunos, por medio de ella se habría anulado el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH, ya que se circunscribe exclusivamente a los agentes del Estado y no incluye como fuente de

---

punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;

b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;

c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y

d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”.

derecho los presupuestos establecidos en el Derecho Penal Internacional<sup>1726</sup>. Aunque la Corte comparte la preocupación, se encarga de explicar los fundamentos de responsabilidad, y frente a la que proviene del superior sobre los hechos ejecutados por el subordinado expresa

“(…) la fórmula de la responsabilidad de mando del Estatuto de Roma no debe ser entendida como un tipo penal autónomo ni como una estructura rígida e inamovible que deba ser incorporada directamente en el derecho interno, sino como un deber de penalización que puede materializarse a través de las categorías que el constituyente o el legislador estime convenientes para enfrentar ese fenómeno específico. Y en este escenario, la cuestión relevante no es si la figura de la responsabilidad de mando se convierte en una estructura autónoma de imputación, ni si se reproducen los criterios de imputación previsto en el Estatuto de Roma, sino si se recoge y se criminaliza adecuadamente el fenómeno que se pretende atacar”<sup>1727</sup>.

Posteriormente, la Corte Constitucional concluye que el artículo 24 transitorio no sustituye el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y de las infracciones al DIH, explicando que la responsabilidad del superior fue creada para imputar penalmente a quienes cumplen un papel esencial en el acto criminal, sino para sancionar un fenómeno delictivo específico, relacionado con la omisión en el deber de control de los subordinados, que para el caso de procesos de justicia transicional, son los máximos responsables. Adicionalmente, y aunque es cierto que dicha norma no incluye todos los elementos de la responsabilidad de mando impuestos en el Artículo 28 del ECPI y en las normas de DIH,

“(…) sí existe una coincidencia material en los elementos estructurales de la figura en todos estos instrumentos (...) sin que pueda evidenciarse que las diferencias registradas impliquen una transformación sustantiva que se traduzca en una anulación de la prohibición de la impunidad”<sup>1728</sup>.

En cuanto a la responsabilidad de mando para el caso de los miembros de las FARC-EP, el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019 – Estatutaria de la JEP, plasma de manera literal lo expuesto en el Acuerdo Final. La Corte Constitucional en el estudio de

---

<sup>1726</sup> Señalamientos formulados por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, Human Rights Watch, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, CODHES, MOVICE, la Universidad del Rosario, el Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT), la Comisión Internacional de Juristas, Mónica Feria-Tinta y The Law Society de Inglaterra y Gales y ABColombian Caravan UK Lawyers Group, Centro Europeo para los Derechos Humanos, Catalina Botero Marino, Dejusticia, Ruta Pacífica de las Mujeres, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), entre otros.

<sup>1727</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. par. 5.5.1.10.

<sup>1728</sup> *Ibíd.* par. 5.5.1.11.

exequibilidad, trae a colación los argumentos establecidos en su jurisprudencia previamente, en especial el análisis de la Sentencia C – 674 de 2017, y consideró que no se desconoce el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH, puesto que contienen los elementos sustantivos para derivar la responsabilidad de los mandos de las FARC-EP, consistentes en

“(…) control efectivo de la conducta, basado en (ii) la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la misma y (iii) los medios a su alcance para prevenirla, evitar que siga sucediendo y, de haber ocurrido, realizar las investigaciones pertinentes”<sup>1729</sup>.

Como se puede observar, se cuenta con una estipulación normativa que permite imputar tanto a miembros de la Fuerza Pública, como a los mandos de las FARC-EP bajo la modalidad de responsabilidad del superior por omisión, con requisitos que se consideran conformes a la constitución, tal como lo calificó la Corte Constitucional. No obstante, se evidencia una ausencia en lo que tiene que ver con los superiores civiles, lo que podría generar un gran espacio de impunidad frente a las compulsas de copias que la Fiscalía General de la Nación y los jueces de Justicia y Paz formuladas en la última década quienes omitieron durante años el cumplimiento de sus deberes ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados.

### **5.1.- Superiores ante la JEP**

Desde el Acuerdo Final se ha hecho referencia a que los superiores son “miembros de la Fuerza Pública” y “mandos de las FARC-EP”. En ese sentido, la primera categoría parecería que no tiene problema alguno de interpretación, puesto que su demostración se daría mediante la verificación de la pertenencia a la Fuerza Pública, la cual por regla general se da mediante actos normativos o reglados.

Circunstancia diferente es cuando se está en presencia de superiores civiles y su posibilidad de acudir a la JEP, fundamentalmente porque el Acuerdo Final hace referencia a “agentes del Estado”, definiéndose como un concepto que incluye a todos los servidores públicos. Ante esta situación, se considera que estos sujetos, si han intervenido en la comisión de crímenes internacionales, pueden ser objeto de juzgamiento por parte de la JEP, aunque infortunadamente se extraña que el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo

---

<sup>1729</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 080 de 2018.

01 de 2017, haya olvidado esta situación, de tal manera que no le será aplicable las condiciones concurrentes relativas al control efectivo, las cuales se analizan posteriormente, sino que deberá acudir al Artículo 25 del Código Penal y a las reglas impuestas en el Derecho Penal Internacional, principalmente en la jurisprudencia del TPIR<sup>1730</sup>.

En cuanto a “mandos de las FARC-EP”, el Acuerdo Final y las normas que lo han desarrollado, no formulan definición respecto a este concepto, situación que deberá ser especificado por la jurisprudencia de la JEP, donde resultaría interesante que se acuda a la jurisprudencia de la CPI, en especial lo establecido en el *Caso Bemba*, frente a quienes “actúen efectivamente como jefes militares”<sup>1731</sup>, acudiendo a material probatorio como documentos emitidos por la organización, donde se imponen rangos y espacios de autoridad.

Ahora, la JEP deberá ser excesivamente cuidadoso, porque no necesariamente aquellos líderes de las FARC-EP podrán ser calificados como jefes militares, puesto que algunos responderán bajo la modalidad de complicidad (tal es el caso de financiadores o ideólogos), más no como autores por omisión de los crímenes ejecutados por otros miembros de las FARC-EP. Todo dependerá de las circunstancias fácticas que rodeen el caso en concreto.

## **5.2.- Elementos Objetivos**

Conforme se enunció previamente, la responsabilidad del superior contiene unos elementos objetivos, iniciando el análisis afirmando que la misma no podrá fundarse exclusivamente en el rango o jerarquía, tal como se enunció. Estos requisitos se refieren a aquellos elementos normativos o descriptivos establecidos en el Acuerdo Final, Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1957 de 2019, conjuntamente con las remisiones que impliquen a Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional y DIH.

---

<sup>1730</sup> Véase TPIR, *Caso The persecutor c. Alfred Musema*, Sentencia del 27 de enero de 2000, No. ICTR-96-13-T. par. 148; y TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 3 de diciembre de 2003, No. ICTR-99-52-T. par. 976-977.

<sup>1731</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 176 y ss.



### **5.2.1.- Posición del superior o poder de mando**

En primer lugar se encuentra que el acusado sea superior jerárquico respecto de quienes cometieron materialmente el crimen relacionado con el conflicto armado interno o con la propia actividad bélica, lo que excluye aquellas conductas que no guarden relación con la confrontación armada. A su vez, resulta suficiente que el superior cuente con capacidad jurídica o material para impartir órdenes y hacerlas cumplir por parte del subordinado, de tal manera que no se requiere de un rango determinado.

Esta relación tiene naturaleza jurídica y fáctica, lo que permite su aplicación para el caso de las FARC-EP, donde la posición de mando debe establecerse de acuerdo a las circunstancias de hecho que rodean a la organización subversiva, en el que se determine la capacidad con que contaba el agente de impartir órdenes y que las mismas sean cumplidas.

Adicionalmente, este elemento resulta trascendental al momento de calificar la forma como se imputa la responsabilidad del superior, ya sea por participación, donde se requiere el aporte, que puede depender de la omisión del superior; omisión propia, caso en el que es indispensable el deber especial; o comisión por omisión, en el entendido que las características fácticas de la posición de mando, en ciertos casos puede colaborar en la constitución de la posición de garante, donde se requiere evitar el resultado típico de delitos contra el DIH.

### **5.2.2.- Autoridad y control efectivo**

Lo anterior tiene directa relación con el segundo requisito, consistente en que la conducta punible sea ejecutada o cometida por subordinados que se encuentran bajo el mando del acusado. Entre estos dos sujetos existe un vínculo de obediencia debida, donde el dependiente se encuentra bajo el mando directo de un superior que ejerce su autoridad sobre un área de jurisdicción. No obstante, si el crimen se realizó por fuera del ámbito de su competencia, no es una causal de exclusión de responsabilidad del superior, en la medida que haya conocido o podía conocer que los subordinados estaban dispuestos a ejecutar, el comandante tenía a su alcance las medidas necesarias para lograr su evitación.

Adicional a lo anterior, se requiere que el superior no solo cuente con autoridad (entendido como aquella capacidad jurídica para ejercer mando), sino con el control efectivo de la respectiva conducta, es decir, contar con los elementos materiales, fácticos y

jurídicos para orientar, conducir o evitar la comisión de los hechos, y en el caso de haber ocurrido, poner en conocimiento de las autoridades competentes para investigar y sancionar el crimen, requisitos muy similares a los establecidos en el dominio del hecho (en específico de la autoría mediata). A su vez, para el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, se requiere que el superior sea un funcionario que tenga dentro de sus funciones el poder de control y dirección, justamente con el propósito de impedir que el mismo pueda cometer excesos o se haga uso indebido de la fuerza.

Si bien es cierto, tal como se analizó previamente, en el Derecho Penal Internacional, el control efectivo se resume en la habilidad material del superior de prevenir o reprimir la conducta criminal, y los Tribunales Ad Hoc y la CPI han impuesto factores indicativos para la verificación de este control<sup>1732</sup>, no se trata de una lista cerrada, de tal manera que el Juez lo que debe hacer es analizar si el superior contaba con la capacidad de prevenir o sancionar los crímenes de los subordinados, y ante la ausencia de esta, es decir, la imposibilidad de cambiar el curso de los hechos, no procede la responsabilidad del superior.

Ahora, en cuanto a los criterios establecidos en el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, existe mando y control efectivo del superior de la Fuerza Pública, cuando se logre probar las siguientes condiciones concurrentes:

- “a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”.

---

<sup>1732</sup> Véase CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 188-190.

La Corte Constitucional declaró conforme a la Constitución Política esta norma, concluyendo que no se ha incumplido con el deber de juzgar y sancionar por parte del Estado<sup>1733</sup>. Ahora, se considera que estas restricciones resulta necesarias en cuanto se dirigen a una autoridad de *iure*, fundamentalmente el requerimiento de la capacidad legal y material de emitir órdenes y de hacerlas cumplir, puesto que se efectúan actividades regladas y limitadas por el ordenamiento jurídico, situación diferente a lo que sucede en lo resuelto por la CPI en el *Caso Bemba*, quien actuó al momento de los hechos como una autoridad de *facto*, y difícilmente activará el principio de complementariedad de la CPI, puesto que el mismo no se impulsa con la sola discrepancia o diferencia entre regímenes legales, de tal manera que para su intervención se requiere la existencia de un número significativo de superiores de la Fuerza Pública que resulten absueltos por la aplicación de estos criterios.

No obstante, hay que poner de manifiesto que estas condiciones son realmente exigentes en materia probatoria, aunque no del todo impertinentes. A modo de ejemplo, el establecer como requisito que el delito haya sido cometido dentro del área de responsabilidad asignada y que tenga relación con las actividades bajo su mando, impone circunstancias que en el Derecho Penal Internacional están destinadas a los superiores civiles, lo que para algunos autores como OLÁSOLO y CANOSA no tiene justificación “(...) porque mientras el superior civil tiene sobre sus subordinados un grado de influencia limitado al ámbito de su actividad laboral, en el ámbito militar, el control del superior se extiende a todos los aspectos de la vida castrense”<sup>1734</sup>.

En cuanto al tercer requerimiento, es decir, la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área, se adiciona al concepto de control efectivo. No obstante, se podría generar dificultades tal como sucedió en el *Caso Bemba*, cuando el superior pueda materialmente dar órdenes de desplazamiento a áreas fuera de su zona geográfica de influencia, y aun así conservar el control efectivo sobre sus subordinados. En este caso, no habría lugar a aplicar la responsabilidad del superior, pero si podrían darse otras modalidades de imputación como la de determinador o complicidad.

---

<sup>1733</sup> Norma declara exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C – 674 de 2017.

<sup>1734</sup> OLÁSOLO ALONSO, H., CANOSA, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional” *Óp. Cit.* p. 489.

Frente al último requisito, es decir la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, generaría dudas respecto a aquellos superiores que no sean inmediatos, puesto que en el Derecho Penal Internacional se permite ampliar la cadena de mando, llegando hacia aquellos que se encuentran apartados de los hechos punibles y que conservan esta competencia, tal como se enunció en líneas previas.

En lo que tiene que ver con las FARC-EP, la aplicación de la responsabilidad del superior por los actos de los subordinados requiere

“(…) el control efectivo de la respectiva conducta (…) Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”<sup>1735</sup>.

En cierta forma, la aplicación del Derecho Internacional ha promovido cierta tranquilidad en la manera como se aplicará la responsabilidad de mando en el caso de las FARC-EP. En el estudio de esta norma, la Corte Constitucional puso de presente que este ordenamiento jurídico ha planteado como requisitos

“(…) para que haya responsabilidad del mando: que el superior i) tenga conocimiento de las atrocidades de sus subalternos, ii) goce de mando efectivo sobre ellos, y iii) deje de tomar las medidas razonables y necesarias para prevenir o sancionar esas conductas”<sup>1736</sup>.

Lo anterior permite concluir, que para el caso de la responsabilidad por omisión podría aplicarse los elementos o indicios para determinar el control efectivo, enunciados por la CPI en el *Caso Bemba* y que fueron analizados en líneas previas<sup>1737</sup>, aclarándose que

---

<sup>1735</sup> Artículo 67 de la Ley 1957 de 2019.

<sup>1736</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 080 de 2018.

<sup>1737</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 188. Esta posición no ha sido modificada en la sentencia de apelación, no obstante se hizo referencia en el mismo sentido en la opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański en CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. par. 113 y ss. La CPI en la decisión de confirmación de cargos dentro del mismo caso había expresado como criterios del control efectivo “1) La posición oficial del sospechoso; 2) su poder de emitir y dar órdenes; 3) su capacidad de hacerse obedecer (esto es que las ordenes emitidas sean ejecutadas); 4) el lugar que ocupa en la jerarquía militar y las tareas que desempeña en la realidad; 5) su capacidad de dar órdenes de combate a las unidades bajo su mando inmediato así como de aquellas ubicadas en escalones inferiores; 6) su capacidad de reasignación de unidades o de modificación de su mando; su poder de promover, remplazar o sancionar a los miembros de las fuerzas así como de destituirlos de sus funciones; y su autoridad para enviar fuerzas donde se desarrollan los

las conductas por las que se puede hacer responsable al superior deben ser crímenes que “guarden relación con las actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”, lo que para delimitaría el ámbito espacial y temporal del ejercicio del deber<sup>1738</sup>.

Ahora bien, estos casos no son del todo fáciles, donde a modo de ejemplo, en las FARC-EP, el poder de mando puede ser táctico, operativo y regional, de tal manera que en estos casos lo que se torna determinante es la capacidad material del dirigente para influir en los subordinados, tal como ha sido aplicada en la jurisprudencia internacional<sup>1739</sup>.

### **5.2.3.- Medios al alcance para prevenir, sancionar o remitir a las autoridades competentes**

Un elemento fundamental para la determinación de la responsabilidad del superior consiste en los deberes que tienen éstos en relación con los crímenes cometidos por los subordinados. Este punto ha sido desarrollado por el DIH, fundamentalmente en el artículo 86<sup>1740</sup> y 87<sup>1741</sup> del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, puntos que fueron tenidos en cuenta en los numerales 44 y 57 del Acuerdo Final suscrito con las FARC-EP.

---

combates o de retirarlas” CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424. par. 417. Traducción libre.

<sup>1738</sup> Cfr. ARNOLD, K. y TRIFFTERER, O. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article”. *Óp. Cit.*, pp. 795-843. p. 805. Vid. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *Óp. Cit.*, p. 393.

<sup>1739</sup> Cfr. TPIR, *Caso the Prosecutor c. Théoneste Bagosora*, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, No. ICTR-98-41-T. par. 2015 y ss.

<sup>1740</sup> Esta norma enuncia “(...) el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a su superiores, si éstos sabían o poseían información que les hubiera permitido concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estaban a su alcance para impedir o reprimir esta infracción”.

<sup>1741</sup> Al respecto expresa “Artículo 87 - Deberes de los jefes:

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones. (Título V, Ejecución de los Convenios y del Protocolo)”

Los deberes pueden presentarse en momentos diferentes, el primero se da antes o durante la preparación del crimen y hasta la consumación no terminada (prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible); el segundo momento ocurre posteriormente a la consumación del delito, donde surge el deber de reprimir los hechos realizados por los subordinados, así como remitir a la autoridad competente para que se inicien las investigaciones correspondientes.

El artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 frente a los mandos de la Fuerza Pública expresa “(...) los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”<sup>1742</sup>.

La anterior norma se encuentra conforme con lo establecido en el artículo 28 del ECPI, puesto que contiene la obligación de reprimir, al enunciar “se siga cometiendo la conducta punible”, la cual se investigaría bajo la figura del favorecimiento y la omisión de denuncia, la complicidad, o, eventualmente, a través de la figura de omisión propia, debido a que no es posible imputar participación o comisión por omisión a conductas realizadas con posterioridad a la comisión del delito.

Adicionalmente, contiene el deber de remitir a las autoridades judiciales y disciplinarias competentes los asuntos, para que se investiguen y sancionen a los autores y partícipes de los crímenes internacionales. Para OLÁSOLO y CANOSA, este elemento tendrá conexión con el Derecho Penal Internacional, en la medida que se interprete

“(...) la expresión ‘medios a su alcance’ como sinónimo de ‘todas las medidas necesarias y razonables’, en el entendido de que, entre todas las medidas a su disposición, el superior debe adoptar aquellas que resulten idóneas para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes y sean proporcionales a la amenaza que se pretende repeler”<sup>1743</sup>.

En cuanto a los miembros de las FARC-EP, la Ley Estatutaria de la JEP afirma “(...) los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes”<sup>1744</sup>. Se considera que esta categorización es adecuada, puesto que su

---

<sup>1742</sup> El numeral 44 del Acuerdo Final se pronuncia en idéntico sentido.

<sup>1743</sup> OLÁSOLO ALONSO, H., CANOSA, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional” *Óp. Cit.* p. 490.

<sup>1744</sup> Artículo 67 de la Ley 1957 de 2019. El numeral 59 del Acuerdo Final se pronuncia en idéntico sentido.

ubica a las FARC-EP como grupo armado ilegal, y es resultaría injusto imponer la exigencia de iniciar las investigaciones oficiales sobre hechos cometidos por los subordinados. No obstante, para este grupo se exige adoptar las decisiones correspondientes, situación que no sucede con la Fuerza Pública, y aunque pueda considerarse que se está otorgando un aval al sistema de justicia creado al interior de las FARC-EP, el cual no contaba con la imparcialidad, garantías procesales y un exceso en las sanciones, que incluso podrían llegar a la ejecución<sup>1745</sup>, podría acudirse a lo establecido por la CPI en el *Caso Bemba*<sup>1746</sup>, de tal manera que la JEP verifique si se utilizó o no el sistema sancionatorio del grupo guerrillero con el fin de reprimir la conducta criminal, eso sí, con el respecto de las garantías del debido proceso.

Cabe recordar que las FARC-EP se encontraban vinculadas al DIH, que desarrollan las garantías procesales mediante el artículo 6 del Protocolo II y el artículo 3 común, donde se impone la prohibición que “(...) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Aunque para algunos autores estas disposiciones son aplicables para juicios que se llevan a cabo sobre los combatientes de la contraparte<sup>1747</sup>, la ausencia de pronunciamiento respecto a los propios combatientes, tal como expresa OTÁLORA LOZANO, no debería considerarse como una autorización para adelantar cualquier tipo de juicio, ni imponer cualquier sanción<sup>1748</sup>. Este punto deberá ser tenido en cuenta al momento de considerar la aplicación de un eximente de responsabilidad por parte de la JEP, en cuanto a estipulación normativa “decisiones correspondientes”.

Ahora, con los medios de prevenir, la JEP analizará las medidas que podría adoptar en procura de precaver el delito, tal como lo expresa OTÁLORA LOZANO “(...) debería tener sumo cuidado en evitar exigir acciones imposibles, que en retrospectiva parecen posibles. En ese sentido podría ser útil el uso de peritos militares para determinar qué

---

<sup>1745</sup> Cfr. AGUILERA PEÑA, M. *Contrapoder y justicia guerrillera*, Bogotá D.C.: IEPRI, 2014. pp. 530-539.

<sup>1746</sup> Véase CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/05-01/08-424. par. 493 y 494.

<sup>1747</sup> Véase PILLOUD, C. *Commentary on the additional protocols: of 8 june 1977 to the Geneva Conventions of 12 august 1949*, Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 1397.

<sup>1748</sup> Vid. OTÁLORA LOZANO, G. “La responsabilidad del superior en la jurisdicción especial para la paz” *Óp. Cit.* p. 350.

acciones razonables de salvamento estaban efectivamente al alcance del superior”<sup>1749</sup>. En este caso se podría imputar bajo la modalidad de la omisión impropia o comisión por omisión o participación.

#### **5.2.4.- Carencia de referencia al vínculo de causalidad**

Como se enunció previamente, el Derecho Penal Internacional impone el elemento de causalidad requerido entre la falta de control por parte del superior y la comisión de los crímenes realizados por los subordinados y siguiendo los parámetros establecidos en la CPI donde se afirma

“El requisito de nexo se satisfaría claramente cuando se establezca que el delito no se habría cometido, en las circunstancias en que fueron, si el comandante habría ejercido el control correctamente, o el comandante al ejercer el control adecuadamente habría evitado los crímenes”<sup>1750</sup>

No obstante lo anterior, el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019 no hacen referencia alguna a este requisito para la aplicación de la responsabilidad del superior<sup>1751</sup>, lo que para algunos autores como OLÁSOLO y CANOSA desconcierta puesto que

“(…) al mismo tiempo que el legislador colombiano ha adoptado esta aproximación, exija elementos como el control efectivo del superior sobre la específica conducta punible del subordinado, que van exactamente en la dirección contraria, al tratarse de elementos propios de ciertas formas de autoría, que requerirían en todo caso la existencia de un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes de los subordinados”<sup>1752</sup>.

---

<sup>1749</sup> OTÁLORA LOZANO, G. “La responsabilidad del superior en la jurisdicción especial para la paz” *Óp. Cit.* p. 348.

<sup>1750</sup> CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343. par. 213. Traducción libre. Esta posición no ha sido modificada en la sentencia de apelación, no obstante se hizo referencia en el mismo sentido en la opinión disidente formulada por los Jueces de la CPI Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański en CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636. par. 337 y ss.

<sup>1751</sup> La Corte Constitucional en las Sentencias C – 674 de 2017 y C – 080 de 2018 tampoco hace referencia alguna a este punto.

<sup>1752</sup> OLÁSOLO ALONSO, H., CANOSA, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional” *Óp. Cit.* p. 492.



Esto permitiría concluir que la naturaleza jurídica sería a la de la omisión propia, tal como se aplicó en la jurisprudencia del TPIY<sup>1753</sup>, en detrimento de lo enunciado en el artículo 28 del ECPI.

### **5.3.- Elemento Subjetivo. El conocimiento y voluntad del Superior**

Como se ha enunciado, los requisitos subjetivos se promueven para garantizar la vigencia del principio de culpabilidad en la responsabilidad del superior, por aquellos crímenes internacionales cometidos por los subordinados. Para este caso, se ha considerado que se requiere obligatoriamente conocer los presupuestos objetivos enunciados previamente como requisito subjetivo mínimo<sup>1754</sup>.

En ese sentido, para la imputación de la responsabilidad del superior por el crimen del subordinado en el contexto de la regulación que cobija la JEP, se excluye la imprudencia simple y solo se encontraría presente el dolo, en las líneas definidas por el artículo 22 del Código Penal<sup>1755</sup>, pero con las referencias específicas que contiene el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo, es decir en el “(...) conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta” y la “(...) capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión” y el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019 que enuncia “La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en (...) la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta”.

La situación previa permite concluir en primer lugar la proscripción de la responsabilidad objetiva y la imposibilidad de presumir el conocimiento por parte del superior, de tal manera que la JEP deberá analizar la información con la que contaba el superior, aspecto que resultará decisivo para establecer la responsabilidad.

---

<sup>1753</sup> Cfr. TPIY. *Caso The prosecutor c. Krnojelac*, sentencia de 17 de septiembre de 2003. No. IT-97-25-A, par. 171; TPIY. *Caso The persecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T, par. 75-78; y TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T. par. 38-43.

<sup>1754</sup> Cfr. WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Óp. Cit., p. 317.

<sup>1755</sup> Esta norma expresa “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

No obstante, esta definición genera algunos problemas de interpretación<sup>1756</sup>, puesto que el Código Penal impone un conocimiento *actual* de los elementos del delito (dolo de primer grado), mientras que la norma que regula la JEP establece un conocimiento *actual o actualizable de su comisión*, generando la posibilidad de aplicar el dolo eventual, el cual se presentaría en aquellos casos donde se ha dejado al azar la ejecución del delito.

Ahora, en la responsabilidad del superior por el delito ejecutado por el subordinado, como requisitos subjetivos se encuentra que el autor debe conocer los elementos del tipo penal; que los subordinados están bajo su mando; estar al tanto del control efectivo; y saber y voluntad en omitir las medidas necesarias y aquellas que tiene a su alcance para evitar o reprimir el hecho, y si el delito ya se cometió ponerlo en conocimiento de la autoridad competentes. Lo anterior no excluye la posibilidad de imputar al superior el delito a título de imprudencia temeraria o simple, pues la modalidad que refiere el Derecho Penal Internacional de “hubiere debido saber que”, a pesar que no se contiene en el sistema penal nacional, hace referencia a la precisión en la información que tiene a disposición el superior.

Este punto requiere una explicación adicional. Se considera que tanto el Acuerdo Final, así como el Acto Legislativo 01 de 2017 y el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019 imponen la exigencia de tener en cuenta la información a disposición del superior, ello no equivale que la misma gire exclusivamente en torno a los crímenes ejecutados por los subordinados, puesto que expresamente se enuncia “información disponible”, pero no se establece el grado o contenido de la misma, de tal manera que se estaría conforme a lo establecido por el ECPI y los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la CPI<sup>1757</sup>.

Adicionalmente, se exige que el superior debe conocer que el acto está prohibido por la ley, en otras palabras, cuente con el conocimiento fáctico de los hechos que configuran el tipo, como la presencia del bien jurídico, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el resultado, es decir, los elementos normativos del delito<sup>1758</sup>. Ahora, en los delitos de omisión propios, el autor debe conocer la presencia del deber jurídico de efectuar una

---

<sup>1756</sup> Véase AMBOS, K, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, *Óp. Cit.*, p. 326.

<sup>1757</sup> Cfr. CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/05-01/08-424, par. 431 y 434.

<sup>1758</sup> Cfr. JESCHECK, H. *Tratado de derecho penal. Tomo I*, Barcelona: Ed. Bosch, 1981. p. 398.

actuación, de cuya inobservancia constituye la parte central del crimen. Por su parte, en la omisión impropia, se debe considerar las situaciones objetivas y subjetivas que generan la posición de garante del derecho y cual es la acción procedente para impedir la comisión del tipo penal.

Por otro lado, es necesario poner de presente que la existencia de voluntad es indispensable para la aplicación de la responsabilidad del superior, de tal manera que en este caso es necesario que el superior quiera la omisión materializándose el delito, así como no importándole si el resultado se produce o no para el caso del dolo eventual.

## CONCLUSIONES

No existen causas únicas o exclusivas que hayan dado origen al conflicto armado colombiano. Se pueden destacar causas políticas, la ausencia del Estado, la incapacidad de solventar las necesidades básicas y la presencia del narcotráfico como catalizador económico, han permitido que la confrontación se haya desarrollado de tal manera que aun actualmente se vislumbran algunos de estos aspectos, poniendo en peligro una paz estable y duradera.

Durante la evolución histórica de la confrontación armada en Colombia, en un principio podría ser considerada como una guerra civil, posteriormente se catalogó como un enfrentamiento entre el Estado y grupos terroristas, lo que fomentó el desconocimiento de los derechos de las víctimas y recrudeció las modalidades de violencia. Actualmente se considera como un conflicto armado interno, no solo por su reconocimiento normativo interno mediante la Ley 1448 de 2011, sino que también se enmarca dentro los requisitos impuestos por el Derecho y la jurisprudencia Internacional, para catalogársele como tal.

En Colombia el enfrentamiento armado ha existido y ha sido prolongado entre los grupos en contienda. Los Convenios de Ginebra señalan la exigencia de que el enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en él deben poseer una organización mínima. Otros requisitos tienen que ver con la intensidad del conflicto y la estructura organizativa de las partes contendientes, los cuales se han cumplido por los actores ilegales. De lo anterior, se puede desprender que la no aceptación de la existencia del conflicto armado interno ha sido por razones económicas y políticas.

Respecto a la aplicación del DIH, Colombia ha pesar de haber ratificado los Cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, conjuntamente con las normas de Derecho Internacional relacionadas que tienen plena aplicabilidad conforme al “Bloque de Constitucionalidad”, se han dado dudas en cuanto a su aplicación por la forma como se ha entendido la contienda y no otorgársele la condición de conflicto armado interno. Tal como se explicó, las normas de DIH se acomodan al conflicto colombiano, y determina derechos y deberes a todos los actores, legales o ilegales de la confrontación, sin que ello constituya la posibilidad de otorgárseles o calificárseles como beligerantes, requisito creado por la doctrina, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En este punto, la justicia transicional juega un papel trascendental como un mecanismo para realizar profundas transformaciones en el orden político y social, enfrenta una gran dificultad al momento de armonizar sus medios y objetivos con valores, principios, normatividad e imaginarios colectivos, como lo es, verbigracia, una justicia retributiva, ya establecidos en una sociedad desangrada por un conflicto armado, razón por la cual, este tipo de transiciones sobrepasan dimensiones jurídicas y normativas, pues éstas por sí solas, se tornan insuficientes para reconstruir un tejido social fragmentado.

El modelo constitucional de Estado Social de Derecho adoptado por Colombia a partir de 1991, se estableció no solo para que las autoridades enmarquen sus actuaciones dentro un principio de legalidad, ni basta que el Estado cumpla con sus obligaciones de abstención frente a las libertades públicas, éste tiene la obligación positiva de respetar y garantizar los derechos humanos, no solo como una obligación de carácter interno sino internacional, para lo cual, es menester un reforzamiento de su estructura financiera e institucional, de manera que se establezcan las condiciones necesarias para materializar todo el entramado legislativo y de política pública dispuesto para que los administrados ejerzan de manera contundente sus derechos y libertades.

Por otro lado, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del DIH comprenden un complejo sistema de garantías y obligaciones de los Estados íntimamente relacionadas entre sí, los cuales no pueden ser afectados por las negociaciones que adelante el Gobierno de Colombia, y al momento de realizar los procedimientos y herramientas de la justicia transicional se constituyen como un núcleo inquebrantable, en la medida que sobre cualquier concesión siempre estarán presentes y son determinantes. No obstante lo anterior, estos derechos pueden ser flexibilizados, de tal manera que con base en situaciones antecedentes y procesos que se han adelantado en otros países, se puede contemplar la posibilidad de lograr un equilibrio justo y que no ponga en riesgo ante un eventual incumplimiento de estándares internacionales por parte de Colombia.

Los principios adoptados por el derecho internacional propenden por el respeto hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de delitos graves según este ordenamiento jurídico. En este sentido, la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica

convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que no es dable lograr la justicia sin la verdad y a su vez no es posible llegar a la reparación sin la justicia. Los atributos se encuentran conectados entre sí.

La jurisprudencia de la CIDH ha destacado la conexión intrínseca existente entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia, señalando en reiteradas oportunidades que el derecho de las víctimas a conocer lo que sucedió, los agentes de los hechos la ubicación de los restos de sus familiares, así como también el derecho a la investigación de los respectivos hechos y la sanción de los responsables, hace parte integral de la reparación de las víctimas y constituye un derecho que el Estado debe satisfacer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad como un todo. Los estándares internacionales y directrices emanadas por el Sistema interamericano no han sido adoptados de manera homogénea en lo referente a los derechos de las víctimas, no obstante, se está buscando principalmente para el caso colombiano que mediante los procesos de justicia transicional se genere un lugar para las víctimas y un claro reconocimiento y salvaguarda de los Derechos Humanos.

La jurisprudencia del TPIY, TPIR y el ECPI, conjuntamente con la aplicación dada por la CPI han contribuido significativamente para la cristalización de unos elementos comunes de los crímenes internacionales, en especial cuando se está en el marco de un conflicto no internacional. No obstante, aun siguen persistiendo dudas respecto de ciertas imperfecciones que se evidencian en su consagración, lo que genera incertidumbres en la interpretación que se le puedan dar a los requisitos que cada delito contiene. A modo de ejemplo, cuando se ataca a un miembro de la población civil, se requiere establecer si dicha persona hizo o no parte activa de las hostilidades, o que para el caso colombiano es bastante complejo por el alto grado de reclutamiento forzado.

En cuanto a los crímenes internacionales, en el derecho penal colombiano a excepción del genocidio y el crimen de lesa humanidad de violencia sexual, no existe ninguna ley que tipifique los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra que estipule los elementos y requisitos que se imponen en la regulación penal internacional. Los tipos penales del código penal que prevén de los delitos contra el DIH, torturas, esclavitud, desaparición forzada, desplazamiento forzado, etc., no todos se encuentran previstos bajo la exigencia que el hecho se lleve a cabo en el contexto de un ataque generalizado o

sistemático contra la población civil, conforme a la política del Estado o de una organización de cometer el ataque o promover esa estrategia. Adicionalmente, a pesar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha considerado el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad, ello no resulta adecuado, puesto que dicha conducta se asimila más a una forma de participación que a un delito autónomo, salvo en el caso de la asociación para cometer genocidio.

En relación a que los jueces puedan imputar o condenar por crímenes internacionales en los enjuiciamientos dentro de la justicia transicional, es preciso que los delitos retomen las descripciones establecidas en el Derecho Penal Internacional. Ello requiere que en la sentencia se describa los efectos jurídicos relacionados con la imprescriptibilidad, la imposibilidad de emplear algunas causales de ausencia de responsabilidad, y los elementos, el contexto, generalidad o sistematicidad, en esa medida, las garantías de las víctimas a la verdad, justicia y reparación se verán satisfechos.

En la implementación normativa del proceso de paz, se encuentran otras referencias a los principios de selección y priorización. Respecto al primero, la Ley Estatutaria de la JEP establece como criterios para su aplicación la gravedad de los hechos, representatividad, características diferenciales de las víctimas, características de los responsables y la disponibilidad probatoria. Sobre aquellos asuntos que no sean objeto de selección, se establece la posibilidad de renunciar a la acción penal para aquellos delitos no amnistiables, condicionada a que se contribuya a los derechos de las víctimas y garantías de no repetición.

Es relevante contemplar al interior de la justicia transicional colombiana los principios de selección y priorización, teniendo en cuenta el impacto punitivo que ha tenido el conflicto armado, ha desbordado la capacidad estatal y las dificultades logísticas podrían llevar a que el sistema judicial colapse completamente, de tal manera que el establecer herramientas para optimizar los recursos institucionales, centrando esfuerzos en los casos que cuenten con mayor impacto es compatible con la lucha contra la impunidad y como mecanismo eficaz para desarticular las estructuras criminales que han participado en el conflicto. Estos aspectos serán objeto de un análisis riguroso por parte de la Oficina de la Fiscalía de la CPI y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyos organismos no han tenido la oportunidad de analizar directamente estos criterios de priorización y

selección en el marco del caso de Colombia, especialmente si se tiene en cuenta que la JEP ha empezado a operar formalmente hace muy corto tiempo, y que estos mecanismos no son utilizados por la CIDH o la Comisión IDH.

La selección y priorización permitirán generar expectativas en la medida que su aplicación se presente de forma transparente, con la participación de las víctimas, y mediante un proceso público. Sin estos requisitos, los resultados serán equivocados y provocarán un descontento en la sociedad, con la sensación de impunidad, impidiendo lograr el objetivo de la justicia transicional que busca pasar la página del horror y la violencia. Por ello, la tarea que deberá cumplir el Estado consiste en garantizar que estos criterios no afecten a las víctimas, aclarar quien es considerado como máximo responsable, acudiendo al Derecho Internacional, y sin dejar de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

La justicia transicional para el caso colombiano, mediante el Marco Jurídico para la Paz, genera la posibilidad de establecer unos criterios de imputación diferentes a aquellos que se emplean en la justicia ordinaria, en el entendido que se requiere mayor flexibilidad, sin dejar de lado los compromisos internacionales. Para acceder a estos beneficios, deberá referirse de manera directa a delitos que se hayan cometido en el marco del conflicto armado, y de esta forma permitir que las víctimas conozcan la verdad.

Se evidencia que para un proceso de postconflicto en Colombia, es trascendental que en el marco de ejecución del Acuerdo y en especial lo relacionado con la JEP, se atribuyan las correspondientes responsabilidades penales individuales a los altos dirigentes o de mando de las estructuras organizadas de poder que han efectuado crímenes graves contra los Derechos Humanos, siendo organizaciones tanto de creación y en algunos casos con ayuda de entes estatales, así como de grupos guerrilleros organizados al margen de la ley, quienes deben dar cumplimiento a las prerrogativas dirigidas a la investigación, juzgamiento y sanción y que con ello se propenda por erradicar la impunidad. Ello debe ser una manifestación no sólo de voluntad y capacidad del Estado Colombiano, en la sanción de los crímenes internacionales, sino además, una demostración del camino que se elevará tras la puesta en marcha de tales sanciones, en pro de la recuperación de la confianza en la institucionalidad y ante todo, en desarrollo y reconocimiento de los derechos de las miles de víctimas que ha dejado el conflicto.



En cuanto a la forma de imputar los crímenes internacionales, el derecho penal internacional diferencia la autoría y la participación, estableciendo dentro de la primera la individual, coautoría y autoría mediata, cuya principal característica es el dominio en la producción del hecho típico, así se consagra en el Código Penal colombiano. En la segunda, como una manera accesoria de responsabilidad por su contribución y conciencia de ser parte en el crimen, se encuentran la complicidad, la inducción y la incitación. El artículo 30 del Código Penal y el artículo 31 del Código Penal Militar establecen como partícipes al determinador, al cómplice y al interviniente, teniendo en cuenta que, aunque actúan en la realización del delito, no tienen el dominio del hecho en razón a que dependen de la situación jurídica del autor respecto a la conducta punible.

La autoría mediante estructuras organizadas de poder se ha constituido en un mecanismo jurídico interesante para fundamentar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos funcionarios militares, principalmente en los regímenes dictatoriales, y resulta de utilidad para incluir la actividad de organizaciones criminales como pueden ser las FARC-EP. No obstante, en la práctica judicial, se ha dejado por fuera a quienes han cumpliendo las órdenes ejecutaban directamente los crímenes, promoviendo un grado de impunidad. Si bien es cierto resulta imposible juzgar a todos, no se puede correr el riesgo de excluir a quienes en mayor o menos medida aportaron a la realización de los delitos, incluso si los ejecutaron directamente. En Colombia el debate sobre la posibilidad de implementar la autoría mediata de los jefes de las organizaciones narcotraficantes, guerrilleras y paramilitares por los crímenes cometidos a través de éstas apenas está en sus comienzos, o obstante, se puede observar que dicha tesis está siendo acogida o, al menos, debatida cada vez más por la jurisprudencia, fundamentalmente en los casos de la llamada “Parapolítica” y en los procesos de justicia y paz, lo que permite entender que será objeto de aplicación por la JEP.

La coautoría, después de la autoría mediata, se constituye en la teoría con mayor aceptación, a pesar que en las organizaciones al margen de la ley y aparatos de poder, existe una estructura vertical y jerárquica, circunstancia diferente a la coautoría, donde la estructura es horizontal. Bajo ese entendido, parece claro que en el derecho penal colombiano, no sería posible responsabilizar como coautores a los dirigentes de las organizaciones criminales y a sus intermediarios que se limitan a dar las órdenes delictuales

o incluso a orquestar el plan criminal, pero que no intervienen en la fase ejecutiva de los ilícitos.

En cuanto a la responsabilidad del superior por omisión, a pesar que la consagración en el Acuerdo Final y las normas que lo han desarrollado, contienen elementos diferentes a lo establecido en el ECPI, se valora la intención del legislador en traer esta figura para el caso de los enjuiciamientos de la justicia transicional en Colombia. Lo relevante sería que los jueces le den la aplicación correcta, Y dejar de equipararla con la comisión por omisión o con la autoría mediata por aparatos organizados de poder, ya que ello restringe de manera muy significativa su ámbito de aplicación, al tratarse de una forma de responsabilidad penal autónoma.

Tanto la autoría mediata como la responsabilidad del superior por omisión son herramientas adecuadas para resolver aquellos fenómenos de macrocriminalidad que ocurrieron en Colombia, y es perfectamente apropiado acudir a ellas en el entorno de la justicia transicional. Por ello, la legitimidad de la JEP dependerá en gran medida de la seriedad con que adelanten los juicios, la aplicación del principio de culpabilidad y el rigor con que se apliquen los elementos de cada una de las modalidades de imputación, ya sea la autoría, participación o la responsabilidad del superior por omisión.

## BIBLIOGRAFÍA

### Referencias Bibliográficas

#### Monografías

ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, en *R. des. C.*, núm. 280, 1999.

AGUILERA PEÑA, M. *Las FARC: La guerrilla campesina, 1949-2010*. Bogotá D.C.: ARFO Editores e Impresores Ltda., 2010.

AGUILERA PEÑA, M. *Contrapoder y justicia guerrillera*, Bogotá D.C.: IEPRI, 2014.

ÁLVAREZ, A., *Genocidal Crimes*. London – New York: Routledge, 2010.

ÁLVAREZ VANEGAS, E., PARDO CALDERÓN, D. y CAJIAO VÉLEZ, A. *Trayectorias y dinámicas territoriales de las disidencias de las FARC*, Bogotá D.C.: Fundación Ideas para la Paz – FLIP, 2018.

AMBOS, K. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.

AMBOS, K. *Temas del Derecho Penal Internacional*. (Trad. de Fernando del Cacho, Mónica Karaán, Oscar Julián Guerrero). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.

AMBOS, K., “*Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*”, Berlín: Duncker & Humblot, 2002.

AMBOS, K. *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005.

AMBOS, K., *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, (Trad. Ezequiel Malarino), 3a edición, Montevideo: Duncker & Humblot–Fundación Konrad Adenauer–TEMIS, 2005.

AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006.

- AMBOS, K. *La Corte Penal Internacional*, Santafé: Ed. Rubinzal, 2007.
- AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, en *JICJ*, N° 5, 2007.
- AMBOS, K. *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2008.
- AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier, 2008.
- AMBOS, K. *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*. Berlín: Springer, 2010.
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II, Oxford: OUP, 2013.
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II, Oxford: OUP, 2014.
- AMBOS, K. (coord.), *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2014.
- AMBOS, K. y STEINER, C. (coord.), *Justicia de transición y Constitución II, análisis de la sentencia C- 577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2015.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL., *Colombia Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2004.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL., *Colombia Los paramilitares en Medellín: ¿desmovilización o legalización?*, AMR 23/019/2005, septiembre de 2005.
- ANICHARICO GONZÁLEZ, A. M. “Una visión de la terminación de los conflictos armados centrada en la justicia transicional” en *Universitas*, N° 24, 2016, pp. 165-194. doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3179>
- APONTE CARDONA, A. *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2010.

APONTE CARDONA, A. *El proceso penal especial de justicia y paz, alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Madrid: Centro Internacional de Toledo para la Paz – CITpax, 2011

ASHWORTH, A. *Principles of Criminal Law*, 3º ed., Oxford: Oxford University Press, 1999.

ÁVILA, A. “La guerra de las FARC y la guerra contra las FARC”, en *Arcanos* 15 (2009): pp. 4-21.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999.

BANTEKAS, I. *International Criminal Law*. 4 ed. Oregon: Hart Publishing. 2010.

BARBOSA, F. *¿Justicia transicional o impunidad?. La encrucijada de la paz en Colombia*. Bogotá D.C.: Ediciones B, 2017.

BASSET, Y. “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”. En *Estudios Políticos (Universidad de Antioquia)*, No. 52, Enero-Junio de 2018, pp. 241-265. <http://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>

BASSIOUNI, M. *Derecho penal internacional*, Madrid: Ed. Tecnos, 1984.

BASSIOUNI, M., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

BASSIOUNI, M. *Introduction to International Criminal Law*, 2 revised edition, Leinden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013.

BAUER, J. *La violencia cotidiana y global*, Barcelona: Plataforma editorial, 2013.

BENVENUTI, P. Transitional Justice and Impunity. *Int’l Stud. J.*, 2014, vol. 11, 119.

BERGSMO, M. *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Case*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010.

BERGSMO, M. HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Case Files in Bosnia and Herzegovina*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010.

BERNAL CUELLAR, J. y MONTEALEGRE LYNETT, E.. *El Proceso Penal*. Tomo I. Quinta Edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BIANCHINI, S. *Partitions: reshaping states and minds*, New York: Routledge, 2005.

BLANC ALTEMIR, A. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona: Ed. Bosch, 1990.

BLANC ALTEMIR, A. “El Tribunal especial para Sierra Leona un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario” En *Anuario español de derecho internacional*, N° 19, 2003, pp. 101-138.

BLANC ALTEMIR, A. “La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)” En *Revista española de derecho internacional*, Vol. 59, N° 1, 2007, pp. 405-411.

BOK, S. “Zurechnung im Völkerstraf-recht”, *ZIS*, No. 9, 2017, pp. 410-417. Disponible en <http://zis-online.com/dat/artikel/20177-81125.pdf>

BOLLO AROCENA, M.D., *Derecho Internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*, Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2004.

BOTERO, C. *Ley de alternatividad penal y justicia transicional: documento de recomendaciones*, Bogotá D.C.: Fundación Social-ICTJ/Fondo Editorial Cerec, 2004.

BRODERICK, W. J. *El guerrillero invisible*, Bogotá D.C.: Intermedio, 2000.

BROWN, D. “The International Criminal Court and Trial in Absentia”. en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 24, Issue 3, pp. 763-796, 1999.

BRUNETEAU, B. *El siglo de los genocidios*, Madrid: Ed. Alianza, 2009.

BUSHNELL, D. *Colombia una nación a pesar de sí misma*, Bogotá D.C.: Ed. Planeta Colombiana S.A., 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de derecho penal*, Vol. II, Madrid: Trotta, 1999.

CÁCERES CÁCERES, L. G. *Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

CANO LINARES, M. A. “El conflicto colombiano ante las instituciones internacionales” En *Revista Electrónica Iberoamericana – REIB*, Vol. 7, No. 2, 2013, pp. 74-98.

CAPELLÁ, M. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005.

CARRANZA PIÑA, J. E. *Infracciones graves al derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad en el código penal*. Bogotá D.C.: Ed. Nueva Jurídica, 2013.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

CASSESE, A., “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, en *5 Journal of International Criminal Justice* 109, 2007.

CASTRO GUTIÉRREZ, A. F., “Algunas reflexiones sobre el contenido del derecho a la igualdad de las víctimas en el marco de la experiencia de Justicia Transicional en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 19, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

CEBALLOS MEDINA, M. *Comisiones de la verdad. Guatemala, El Salvador, Sudáfrica. Perspectivas para Colombia*. Editorial La Carreta Política. Bogotá D.C. 2009.

CELEDÓN, O. J. “La responsabilidad penal por quebrantamiento del rol institucional en la violación de los derechos humanos”. *Revista de Derecho Público*, No. 25, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, julio – diciembre de 2010, pp. 1-39.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Justicia y Paz ¿verdad judicial o verdad histórica?*. Bogotá D.C.: Taurus, 2012.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Informe General Grupo de Memoria Histórica ¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2013.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2015.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Grupos Armados Posdesmovilización (2006 - 2015). Trayectorias, rupturas y continuidades*, Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia, 2016.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Tomas y ataques guerrilleros (1965 - 2013)*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2016.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2016.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Tierras y conflictos rurales. Historia, políticas agrarias y protagonistas*, Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2016.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Una guerra sin edad. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2017.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *La guerra escondida. Minas Antipersonal y Remanentes Explosivos en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2017.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Paramilitarismo. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia, 2018.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Tierras. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 2018.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR (CINEP). *The Legacy of Uribe's Policies: Challenges for the Santos Administration*. Bogotá D.C.: CINEP, 2010.

CHAVARRÍA OLARTE, G. C. “Estrategias utilizadas para la satisfacción de la garantía de no repetición en desmovilizados de grupos armados ilegales: un estudio con desmovilizados de grupos paramilitares de las Autodefensas Unidas de Colombia”. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 116. Enero – Junio 2012. p. 195-252.

CHIANG, J. A. “Call to Action-Examining Nepal’s Post-Conflict Strategy Toward Persons Accused of Gross Human rights Abuses”. En *Fordham Law Review*, 2013, vol. 81, 900-972.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla: Ediciones Parthenon, 2007.

CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen No. 1 Normas, Ed. CICR, 2007.

CISNEROS TRUJILLO, C. *Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en los procesos de justicia transicional en Colombia*. Trabajo de fin de Master para optar al título de Master en Derecho Público en la Universidad Carlos III, dirigido por Félix Vacas Fernández, presentado el 30 de enero y defendido el 22 de febrero de 2018.



CISNEROS TRUJILLO, C. “El rol y los derechos de las víctimas del terrorismo en España” en *La Ley Penal*, N° 133, julio-agosto 2018. Editorial Wolters Kluwer.

CISNEROS TRUJILLO, C. “Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional en Colombia” en *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 12, n° 2. 2018, pp. 1-32.

CISNEROS TRUJILLO, C. “La prohibición de tratos inhumanos y degradantes en las detenciones policiales o de agentes del Estado en España”. En *Revista Derecho del Estado*. No. 44 (ago. 2019), pp. 161-193. DOI:<https://doi.org/10.18601/01229893.n44.07>.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Como procesa su información la Comisión Colombiana de Juristas*, 2007. [http://www.coljuristas.org/documentos/adicionales/como\\_procesa\\_su\\_informacion\\_la\\_ccj.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/adicionales/como_procesa_su_informacion_la_ccj.pdf)

COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Bogotá D.C., 2015. en [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi\\_n%20Hist\\_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V\\_ctimas.%20La%20Habana%20C%20Febrero%20de%202015.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%20C%20Febrero%20de%202015.pdf)

COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN (CNRR). *Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá D.C.: USAID, 2007.

COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, *La reintegración: logros en medio de rearmes y dificultades no resueltas, II Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*, Área de DDR, agosto de 2010.

CORDOBA TRIVIÑO, J., *Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

CORPORACIÓN NUEVO ARCO IRIS, *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá D.C.: Stilo Impresores Ltda. 2007.

COTE-BARCO, G. E., “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional?”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 28 International Law, pp. 49-112, 2016. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-28.rsjr>.

CREUS, C. *Derecho Penal (Parte general)*, Buenos Aires: Astrea, 1990.

CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E. *An Introduction of international Criminal Law and Procedure*, Cambridge: CUP, 2014.

DAVID, E. *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas: Universidad Libre de Bruselas, 1999.

DAVID, E., “L’actualité juridique de Nuremberg”, en *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation: actes du Colloque international / Centre de droit international de l’Institut de sociologie de l’Université libre de Bruxelles*, Bruselas: Bruylant editions, 1988.

DE GAMBOA, C., *Las fórmulas de paz del gobierno con las AUC, una lectura desde el realismo político, en transiciones en contienda, disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la perspectiva comparada*. Bogotá D.C.: ICTJ, 2010.

DE GUZMÁN, M. “Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court”. En *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2009, pp. 1400-1465.

DE ZUBIRÍA SAMPER, S., *Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano*. Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015.

DEL PONTE, C. “Investigation and Prosecution of Large - Scale Crimes at the International Level. The Experience of the ICTY” en *Journal of International Criminal Justice*, No. 4, 2006, pp. 539-558.

DELMAS-MARTY, M., FOUCHARD, I., FRONZA, E. y NEYRET, L., *Le crime contre l’humanité*, 2a ed., Paris: PUF, 2013.

DENCKER, F. “Criminalidad organizada y procedimiento penal” en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

DÍAZ BARRADO, C., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. (Coord.), *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, Getafe: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria, 2013.

DÍAZ GÓMEZ, C., SÁNCHEZ, N. C., y UPRIMNY YEPES, R. *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá D.C. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991.

DONNA, E. A. *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni 2005.

DUNCAN, G. *Violencia y conflicto en Colombia como una disputa por el control del estado en lo local*. Bogotá D.C.: Documento CEDE. 2004.

DUNCAN, G., “Una visión alternativa al conflicto colombiano”, *Razón Pública*, 8 de marzo de 2009.

DUNCAN, G., *Más que plata o plomo*. Bogotá D.C.: Debate. 2014.

ECHANDÍA, C. *Dos décadas de escalamiento del conflicto armado en Colombia, 1986-2006*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

ECHANDÍA, C y BECHARA, E. “Conducta de la guerrilla durante el Gobierno de Uribe Vélez: de las lógicas de control territorial a las lógicas de control estratégico”, en *Análisis Político*, Volumen 19, Número 57, p. 31-54, 2006.

ELSTER, J. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*. Cambridge: University Press, 2004.

ELSTER, J. *Rendición de cuentas. La Justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires: Katz Editores, 2006.

ESPINOSA, M. A. *Surgimiento y andar territorial del Quintin Lame*, Quito: ARFO Editores e Impresores Ltda., 1996.

ESTRADA ÁLVAREZ, J., *Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada. Elementos para una interpretación histórica del conflicto social y armado*, Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015.

ESTRADA VÉLEZ, S. I. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín, 2005.

ESTUPIÑÁN SILVA, R. *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013.

FAJARDO, D. *Para sembrar la paz*, Bogotá D.C.: Unibiblios, 2002

FAJARDO, D. *Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana*. Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015.

FARC-EP. *Resistencia: beligerancia*, Ciudad de México, 2001.

FARC-EP. *Esbozo histórico de las FARC-EP*. Montañas de Colombia, 2005.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra: Ed. Aranzadi, pp. 229-2723, 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid: Ed. Reus, 2007.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “Sujetos de derecho y actores no estatales: cuestiones de Derecho Internacional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 87-113. DOI: 10.15581/010.34.87-113.

FERNÁNDEZ MEJÍA, D., “Atipicidad de los crímenes de lesa humanidad, una revisión del caso colombiano”, *Opinión Jurídica*, Vol. 10, No. 20, pp. 19-34, Medellín, julio-diciembre 2010.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SÁNCHEZ LEGIDO, A. y ORTEGA TEROL, J. M., *Manual de Derecho Internacional público*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

FERRO J. G. y URIBE, G. *El orden de la guerra: las FARC/EP entre la organización y la política*, Bogotá D.C.: Centro Editorial Javeriano, 2002.

FLORIÁN, H. *La ley de justicia y paz, desafíos y temas de debate*. Bogotá D.C.: Fescol, 2007.

FOGET, E. *FARC guerrilla leader rejects legal framework as peace talks resume with Colombia's govt*, Colombia Reports, agosto 12 de 2014. Disponible en: <https://colombiareports.com/farc-rejects-legal-framework-peace-talks-turn-victim-reparations/>

FORER, A., y LÓPEZ DÍAZ, C., *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá D.C.: Cooperación técnica Alemana – PROFIS, 2010.

FORSYTHE, D. P. *Human rights in international relations*, segunda edición, Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

FREEMAN, M. *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

FREEMAN, M. *Qu'est-ce que la justice transitionnelle?*, New York: ICTJ, 2007.

FREEMAN, M. *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, New York: Cambridge University Press, 2009.

FORER, A. “Justicia Transicional”, en *Colección El Saber Penal. No. 1*, Universidad del Sinú, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

FORSYTHE, D. P. *Human rights in international relations*, segunda edición, New York: Cambridge University Press, 2006.

FUENTES HERNÁNDEZ, A. *Educación en derecho internacional humanitario, manual práctico para docentes*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2002.

FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN, *Informe Cómo va la Paz*, 2018.

FUNDACIÓN SOCIAL. *Informe sobre el trámite de la ley de justicia y paz. Elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político*. Bogotá D.C. 2006.

GAITÁN AYALA, J. E. 1928 *La masacre de las Bananeras*. Bogotá D.C.: Ed. Cometa De Papel, 1997.

GARCÍA ARBOLEDA, J. F. *El Lugar de las Víctimas en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2013.

GARCÍA MÁRQUEZ, G. *Vivir para contarla*, Madrid: Ed. Mondadori, 2002.

GARCÍA, R. J. y ANGULO GAONA, M. A. “El tipo penal de genocidio en el derecho internacional” en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 53, octubre-diciembre 2015, Bogotá D.C.: Ed. Legis, 2015.

GARCÍA SAN JOSÉ, D., “El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”, en *REDI*, núm. 58, Valencia, 2006.

GARFUNKEL, I. “Verdad y Justicia: Términos Incompatibles en la Justicia Transicional”. En *American University International Law Review*, Vol. 32, Iss. 2, Article 7, 2015.

GARROCHO SALCEDO, A. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2016.

GASSER, H. P. “Humanitarian Law and Human Rights Law”. En *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002.

GAVIRIA, J. O. “Consecuencias de una Errada Definición Teórica”, en *La Estratagema Terrorista*, Bogotá D.C.: Fundación Honrad Adenauer Stiftung y Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, 2008.

GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

GIL GIL, A., “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata” en *Cuadernos de política criminal*, No 109, 2013, pp. 109-146.

GIL GIL, A. y MACULAN, E. *Derecho penal internacional*, Madrid: Ed. DYKINSON, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en el derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid, 1966.

GIRALDO, J. *Política y guerra sin compasión*. Informe presentado a la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. 2015. Se puede consultar en <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/especiales/resumen-informe-comision-historica-conflicto-victimas/index.html>.

GIRALDO FORERO, J. F. “Colombia in armed conflict? 1946-1985” en *Papel Político*, núm. 18, diciembre, 2005, pp. 43-78, Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

GMH, *La tierra en disputa. Memorias del despojo y resistencias campesinas en la Costa Caribe, 1960-2010*, Bogotá D.C.: Ed. Taurus, 2010.

GÓMEZ LÓPEZ, J.O. *El delito de genocidio*, Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2003.

GÓMEZ LÓPEZ, J. O. *Crímenes Internacionales. Crímenes de lesa humanidad*, Tomo II, Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2017.

GONZÁLEZ GIRALDO, M. *La historia secreta del proceso de paz*, Bogotá D.C.: Ed. Intermedio, 2016.

GONZÁLEZ, E. y VARNEY, H. *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*. Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional – ICTJ, 2013.

GONZÁLEZ, F. E., BOLÍVAR, I. J. y VÁSQUEZ, T. *Violencia Política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá D.C.: CINEP, 2001.

GONZÁLEZ CEPEDA, L. “La Guerra Fría en Colombia. Una periodización necesaria” En *Revista Historia y Memoria*, N°. 15. Año 2017, pp. 295 – 330, Tunja – Colombia.

GRAVEN, J., “Les crimes contre l’humanité”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1950, I.

GUERRERO PERALTA, O. J., *Corte Penal Internacional*, Bogotá: Legis, 2003.

GUTIÉRREZ RAMÍREZ, L. M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. *Una comisión de la verdad en el modelo colombiano de justicia transicional: aproximación a través de la historia reciente y la experiencia comparada*. Universidad de Caldas Revista JURÍDICAS. No. 2, Vol. 10, Manizales, 2013, pp. 40-60.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor: fundamento y límites*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor*, Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2001.

GUTIÉRREZ SANÍN, F. “Criminal Rebels? A Discussion of Civil War and Criminality from the Colombian Experience”, en *Politics and society*, Vol. 32 No. 2, pp. 257-285. 2004.

HAYNER, P. B. *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. 2ª ed., Nueva York: Routledge, 2010 [ed. cast. de la 1ª ed: Verdades innombrables, México, FCE, 2008, trad. de Jesús Cuéllar];

HERNÁNDEZ PLASENCIA, U. *La autoría mediata en derecho penal*, Granada: Ed. Comares, 1996.

HOBBSBAWN, E. *Rebeldes primitivos*, Barcelona: Ed. Ariel, 1974.

HUERTAS DÍAZ, O., AMAYA SANDOVAL, C., y MALTE RUANO, G. “Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito” en *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, pp. 81-98, enero-junio de 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Guerra sin cuartel: Colombia y el Derecho Internacional Humanitario*. New York, 1998.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Narrowing the impunity gap. Trials before Bosnia's War Crimes Chambers*, febrero de 2007, Vol. 19, No. 1(D).

HUMAN RIGHTS WATCH, *Herederos de los Paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*, febrero de 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2012: Colombia*. New York. Disponible en <https://www.hrw.org/world-report/2012/country-chapters/colombia>

HUNTINGTON, S. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

HURTADO GALEANO, D. P. “María Emma Wills. Los tres nudos de la guerra colombiana: un campesinado sin representación política, una polarización social en el marco de una institucionalidad fracturada y unas articulaciones perversas entre regiones y centro”. *Revista Debates*, Núm. 72, 2015.

IBÁÑEZ LONDOÑO, A. M., *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno hacia la pobreza*, Bogotá D.C.: Ediciones Universidad de los Andes, 2008.

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá), Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994.

JAKOBS, G., *La competencia por organización en el delito omisivo*, (trad. Peñaranda Ramos), Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Joaquín Contreras José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, G., *Acción y omisión en Derecho penal*, (trad. Rey Sanz y Sánchez Vera), Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000.

JESCHECK, H. *Tratado de derecho penal*. Tomo I, Barcelona: Ed. Bosch, 1981.

JESCHECK, H. y WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal. Parte general*, Miguel Olmedo Cardenete (Trad.), Granada: Ed. Comares, 2002.

JIA, B. "The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. T. II, Buenos Aires: Ed. Losada, 1964.

JORGE URBINA, J., *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2000.

JOSI, C. "Accountability in the Colombian Peace Agreement: Are the Proposed Sanctions Contrary to Colombia's International Obligations". En *Southwestern Law Review*, 2016, vol. 46, pp. 401-421.

KIM, H. y SIKKINK, K. "Explaining the deterrence effect of human rights prosecutions for transitional countries". en *International Studies Quarterly*. Vol. 54, No. 4, 2010, pp. 939-963.

KITTICHAISEAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

KLEFFNER, J. K. *Complementary views on complementarity: proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court*, New York: Cambridge University Press, 2006.

KOESSL, M., *Violencia y Habitus: Paramilitarismo en Colombia*, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2015.



KRITZ, N. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I a III, Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995.

LAIR, E. “Colombia: una guerra contra civiles” en *Colombia Internacional*, 49-50 (Mayo 2000): 135-147. <https://doi.org/10.7440/colombiaint49-50.2000.07>

LANDRUM, B., “The Yamashita War Crimes Trial: Command Responsibility Then and Now”, *Military Law Review*, Vol. 149 (1995), pp. 293-301.

LEAL, F. *La inseguridad de la seguridad en Colombia, 1958-2005*. Bogotá D.C.: Ed. Planeta, 2006.

LIRA, E. y LOVEMAN, B. *Políticas de reparación. Chile 1990-2004*, Santiago: Ediciones Santiago, 2005.

LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona: Ed. Ariel, 2001.

LIVINGSTONE, G. *Inside Colombia: Drugs, democracy and war*, London: Latin America Bureau, 2002.

LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 117. Universidad Pontificia Bolivariana, Julio-diciembre de 2012: pp. 515-579. p. 536-550.

LÓPEZ LÓPEZ, A. F. “Ciclos de la violencia en Colombia” en *Nuevo Derecho*, Vol. 11, No. 16, enero-junio de 2015.

LÓPEZ MEDINA, D. “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 16, 2010.

LÓPEZ PEREGRIN, M. *La complicidad en el delito*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1997.

MACKENZIE, E., *Las FARC, fracaso de un terrorismo*, Bogotá D.C.: Random House-Mondadori, 2007.

MALEKIAN, F. *International criminal law: The legal and critical analysis of international crimes*, London: Cambridge University Press, 1991.

MANERO SALVADOR, A. “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012.

MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

MARTÍNEZ-VILLALBA MEJÍA, L. *FARC y Terrorismo: El conflicto armado colombiano en el contexto del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos*, Tesis para optar al título de master en Derechos Humanos, México: Universidad Iberoamericana, 2013. p. 56 y 57.

MAY, L. *Genocide. A normative account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MEDINA, C. *Autodefensas, Paramilitares y Narcotráfico en Colombia*, Bogotá D.C.: Ed. Documentos Periodísticos, 1990.

MEDINA, M. “El paro cívico nacional del 14 de septiembre de 1977”, en *La protesta urbana en Colombia en el siglo XX*, Bogotá D.C.: Ed. Aurora, 1984.

MEDINA GALLEGOS, C. *ELN: Una historia de los orígenes*, Bogotá D.C.: Rodríguez Quito Editores, 2001.

MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. San José Costa Rica: Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2005.

MELERO MERINO, F.J., “Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, 1994, pp. 81-104.

MELONI, C. “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pp. 619-637.

MELONI, C. *Command Responsibility in International Criminal Law*, The Hague: T.M.C. Asser, 2010.

METTRAUX, G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunal*, New York: Oxford University Press, 2006.

METTRAUX, G., *The Law of Command Responsibility*, New York: Oxford University Press, 2009.

MICHALOWSKI, S., CARDONA, J. P. “Responsabilidad corporativa y justicia transicional”. En *Anuario de Derechos Humanos*, 11, 2015, pp. 173-182.

MOLANO, A. *Selva Adentro: Una historia oral de la colonización del Guaviare*, Bogotá D.C.: Áncora Editores, 1987.

MOSER, C. y MCILWAINE, C. *Encounters with violence in Latinamerica: urban perceptions from Colombia and Guatemala*, New York: Routledge, 2004.

MIR PUIG, S., *Derecho penal: Parte general*, 3a edición, Barcelona: Ediciones PPU, 1990.

MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. 6ª ed., Barcelona: Ed. Reppertor, 2002.

NADYA SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011.

NAJAR MORENO, E., *Derecho a la verdad y Justicia Transicional en el marco de aplicación de la ley de Justicia y Paz*, Bogotá D.C.: Editorial Ibáñez, 2009.

NAQVI, Y. “El derecho a la Verdad en el Derecho Internacional: ¿realidad o ficción?”, En *International Review of the Red Cross*, No. 862, junio de 2006. Disponible en: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862-p245/\\$File/irrc\\_862\\_Naqvi.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862-p245/$File/irrc_862_Naqvi.pdf).

NERLICH, V., “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, en *JICJ*, nº 5, 2007.

NYBONDAS, M.L., *Command responsibility and its applicability to civilian superiors*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2010.

O'DONNELL, G. *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism: Studies in South American Politics*. Berkeley: Institute of International Studies, University of California, 1973.

O'FLAHERTY, M. *The human rights field operation: law, theory and practice*, Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2007.

OLÁSOLO ALONSO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 132, Caracas, 2008, pp. 83-129.

OLÁSOLO ALONSO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata” en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, No 27, 2009.

OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, en *InDret*, 3/2009.

OLÁSOLO ALONSO, H. “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI*, N. 24, diciembre 2012.

OLÁSOLO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

OLÁSOLO ALONSO, H., CANOSA, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional” En *Polít. crim.* Vol. 13, N° 25 (Julio 2018), pp. 444-500. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_25/Vol13N25A12.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf)].

OLIVA MARTÍNEZ, J.D. “El Tribunal de Camboya inicia nuevo juicio a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática acusados en el Caso núm. 002/19-09-2007/ECCC-TC” En *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 63 No. 2, 2011. pp. 302-307.

OLIVA MARTÍNEZ, J.D. “Marco jurídico internacional y europeo de la protección civil” En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 14, 2010, pp. 605-634

OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, Madrid: Editorial La Ley, 2008.

OQUIST, P. *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá D.C.: Biblioteca Banco Popular, 1978.

OQUIST, P. “El derrumbe parcial del Estado” en: *El Estado en Colombia*, Luis J. Orjuela (comp.), pp. 103-215. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2010.

OROZCO, J. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2009.

ORTÍZ PALACIOS, I., *El genocidio contra la Unión Patriótica*. Bogotá D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia, 1999.

OSPITIA GARZÓN, O. “Crímenes de guerra y conflicto armado interno”. En *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 27, No. 81 (2006), pp. 119-134.

OTERO PRADA, D. *El papel de los Estados Unidos en el conflicto armado colombiano*, Bogotá D.C.: Ed. Aurora, 2010.

PALACIO SAÑUDO, J. y SABATIER, C. *Impacto psicológico de la violencia política en Colombia: Salud mental y redes sociales en familias desplazadas en el caribe*. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2002.

PALACIOS, M. *Violencia pública en Colombia*, Bogotá D.C.: Fondo de Cultura Económica, 2012.

PALAU, N., *Trámite de la Ley de Justicia y Paz, elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político*. Bogotá D.C.: Fundación Social, 2006.

PARDO RUEDA, R. *La historia de las guerras*, Bogotá D.C.: Ediciones B. Colombia S.A., 2008.

PARDO, R. *De primera mano: Colombia 1986-1994*, Bogotá D.C.: Ed. Norma, 1996.

PARRA VERA, O. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, No. 1, Noviembre de 2012, pp. 5-51.

PAYNE, J. *Patterns of Conflict in Colombia*, New Haven: Yale University Press, 1968.

PAZ MAHECHA, G. R. *Genocidio político*, Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2013.

PÉCAUT, D. “Crise, guerre et paix en Colombia” En *Problemas de l’Amérique Latine* N° 84. París abril-junio 1987.

PÉCAUT, D. “Las FARC: fuentes de su longevidad y de la conservación de su cohesión”, *Análisis Político*, n° 63 (agosto 2008), pp. 22-50.

PECO YESTE, M. y PERAL FERNÁNDEZ, L., *El conflicto en Colombia*, Madrid: Ed. Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria Universidad Carlos III, 2005.

PEÑA, M. “Las FARC: auge y quiebre de su modelo de guerra”. En *Análisis Político*, Volumen 26, Número 77, Bogotá D.C. pp. 85-111, 2013.

PEÑARANDA RAMOS, E. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Ed. Tecnos, 1990.

PEREYRA, D. *Del Moncada a Chiapas*, 2ª edición. Madrid: Libros de las cataratas, 1995.

PÉREZ GIRALDA, A., “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, al fin del camino”, en *Revista Electrónica de Estudios – REEI*, No. 4, 2002.

PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La responsabilidad internacional”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (M. Díez de Velasco), Madrid: Tecnos, 2009.

PICTET, J. “El derecho internacional humanitario: definición”. En AA. VV. *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*. Madrid: Tecnos, 1990.

PILLOUD, C. *Commentary on the additional protocols: of 8 june 1977 to the Geneva Conventions of 12 august 1949*, Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

PINKER, S. *The Better Angels of our Nature. Why Violence Has Declined*, Nueva York: Viking Penguin, 2011.

PIZARRO LEONGÓMEZ, E. *Las FARC (1949-1966): de la autodefensa a la combinación de todas las formas de lucha*, Bogotá D.C.: Tercer Mundo Editores, 1991.

PIZARRO LEONGÓMEZ, E. *Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2004.

PIZARRO LEONGÓMEZ, E. “Marquetalia: el mito fundacional de las Farc” en *Unperiódico*, No. 57, 9 de mayo de 2004.

PIZARRO LEONGÓMEZ, E. *Las Farc (1949-2011): de guerrilla campesina a máquina de guerra*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2011.

PNUD. “Colombia rural. Razones para la esperanza”, en *Informe Nacional de Desarrollo Humano*, Bogotá D.C.: INDH PNUD, 2011.

PORTILLA BENAVIDES, A. C. y CORREA, C. *Estudio sobre la implementación del Programa de Reparación Individual en Colombia*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2015. Disponible en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Estudio-reparacion-individual-2015.pdf>.

PREVOST, A. M., “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, No. 3, Agosto de 1992, pp. 303-338, The Johns Hopkins University Press.

PRIETO, R., “Del reconocimiento de beligerancia al de grupo armado o terrorista: ¿nuevos sujetos para un nuevo derecho?”, en *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje a Germán Cavelier*, Ricardo Abello Galvis (edits.), Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2006, pp. 280-307.

ROCHA HERRERA, M. “Actores No Estatales: grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares. ¿Pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al derecho penal internacional?” En *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 4, pp. 14-38, 2016 doi:dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.01.

ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Band II, München: C.H. BECK, 2003.

ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2016.

QUINCHE, M. F. *Los estándares internacionales de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

QUINCHE RAMÍREZ, M. F. y PEÑA HUERTAS, R. D. P., “La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia” en *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 7, 2014 pp. 113-159, DOI: [dx.doi.org/10.12804/acdi7.2014.04](https://doi.org/10.12804/acdi7.2014.04)

QUINTANA, J. *Derecho internacional público contemporáneo*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2011.

QUINTANO REPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955-1957.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Ediciones José María Bosch, 1999.

RAMELLI, A. *Derecho Internacional Humanitario y estado de beligerancia*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001.

RAMÍREZ, S. y RESTREPO, L. A. *Actores en conflicto por la paz: el proceso de paz durante el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986)*, Bogotá D.C.: Siglo Veintiuno: Centro de Investigación y Educación Popular, 1988.

REALES GUTIERREZ, C. E. y BEJARANO SANDOVAL, A. M. *Políticas después de la guerra: la reincorporación de grupos guerrilleros en América Latina y su impacto en la consolidación de una oposición democrática viable*, Bogotá D.C.: Centro de Investigaciones Sociojurídicas – CIJUS, Universidad de los Andes, 2001.

RINCON, T., *Verdad, justicia y reparación: La justicia de la justicia transicional*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. 2010.

RÍOS SIERRA, J. “la narcotización del activismo guerrillero de las FARC y el ELN 1998-2012” en *Revista UNISCI*, N° 41 (Mayo 2016), pp. 205-234.

RÍOS SIERRA, J. *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, Madrid: Ed. Catarata, 2017.

ROMERO, M. *Paramilitares y autodefensas, 1982-2003*. Bogotá D.C.: Editorial Planeta, 2003.

ROMERO, M y VALENCIA, L. *Parapolítica: La Ruta De La Expansión Paramilitar Y Los Acuerdos Políticos*, Bogotá, D.C.: Ed. Intermedio, 2007.

ROMERO OSPINA, R. *Unión Patriótica. Expedientes contra el olvido*, Bogotá D.C.: Centro de Memoria, Paz y Reconciliación, 2012.

RONDEROS, M. T. *Guerras recicladas. Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Aguilar, 2014.

ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., Berlín: Gruyter, 2000; traducción al español: Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 6º ed., Madrid, Marcial Pons, 1998.

RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional*, Barcelona: Ed. Bosch, 2001.

SALMÓN, E. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima: Ed. Spondylus, 2012.

SÁNCHEZ, G. “Rehabilitación y Violencia bajo el Frente Nacional”, en *Análisis Político*, No. 4, mayo – agosto de 1988.

SÁNCHEZ, G y PEÑARANDA, R. (Ed.). *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Bogotá D.C.: Ed. CEREC, 1991.

SÁNCHEZ, G. “De amnistías guerras y negociaciones”, en *Memorias de un país en guerra*, Bogotá D.C.: Ed. Planeta, 2001.

SÁNCHEZ, N. C. y UPRIMNY YEPES, R. “El marco jurídico para la paz: ¿cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?”, en *Foro*, n.º 78, enero 2013, 34-43.

SÁNCHEZ PATRÓN, J., “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, *Revista española de derecho militar*, núm. 78, 2001, pp. 53-86.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, H., *Código de derecho penal internacional*. Medellín: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

SASSÒLI, M., “Actores no estatales y desafíos para el Derecho internacional humanitario”, en *REDI*, vol. 68/2, julio-diciembre de 2016, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.2.02>. pp. 313-320.

SEILS, P. *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*. 2012 Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/Seils-COL->



PaulSeils-

Propuesta%20de%20criterios%20de%20selecci%C3%B3n%20y%20priorizaci%C3%B3n-2012.pdf

SFERRAZZA, P. *La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y atribución*. Tesis doctoral. Getafe: UC3M – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014.

SILVA, A. “Los derechos humanos y su dialéctica relación entre el ser y el deber ser” en *Revista Controversia*, No. 175, Bogotá D.C., diciembre 1999.

SILVA, A., ITURRALDE, M. A. y SOCHA, N. *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, Bogotá D.C.: Centro de Investigaciones Sociojurídicas – CIJUS, Universidad de los Andes, 2002.

SIVAKUMARAN, S. “Command Responsibility in Irregular Groups”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, no. 5.

SPRINGER, N. M. *Sobre la verdad en los tiempos del miedo. Del establecimiento de una Comisión de la Verdad en Colombia y los desafíos para la justicia restaurativa*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2002.

SUÁREZ LÓPEZ, C. A. “Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de derecho comparado” en *Revista Análisis Internacional*, No. 2, 2010 (Cesada a Partir De 2015), pp. 9-54. Recuperado a partir de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/16>

SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, 3ª Ed, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007.

TEITEL, R. *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TEITEL, R., “Human Rights in Transition: Transitional Justice Genealogy”, en *Harvard Human Rights Journal*, 16 (69), pp. 69-94, 2003.

TICEHURST, R., “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *RICR*, No. 140, 1997.

TREJOS ROSERO, L. F. “El Derecho Internacional Humanitario en el conflicto armado colombiano. ‘propuestas para su aplicación’”, en *Derecho Y Humanidades*, N° 18, 2011, pp. 131-143.

TURBAY, C. “El Estatuto de Seguridad. Un estudio de caso”, en *I Congreso de Ciencia Política*, Bogotá D.C.: Uniandes, 1998.

UPRIMNY YEPES, R. y SAFFÓN, M. P. *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia en Justicia y Paz, ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá D.C.: Ed. Intermedio, 2009.

UPRIMNY, R., SÁNCHEZ DUQUE, L. M., y SÁNCHEZ LEÓN, N. C. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada.* Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

URIBE DE HINCAPIÉ, M. T. “Las guerras civiles y la negociación política: Colombia, primera mitad del siglo XIX” en *Revista de Estudios Sociales*, no. 16, octubre del 2003, pp. 29-41.

URIBE, M. V., *Memorias en tiempo de guerra. Repertorio de iniciativas*, Bogotá D.C.: Punto aparte ediciones, 2010.

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales.* Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017

VALENCIA VILLA, A. *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, 1991.

VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, Países Bajos: TMC Asser Press, 2003.

VAN SLIEDREGY, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, La Haya: TMC Asser Press, 2007.

VAN SLIEDREGT, E. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012.

VARGAS VELASQUEZ, A. “Colombia al final del siglo: entre la guerra y la paz”, en *América Latina, Hoy*, No. 23 (Diciembre 1999): pp. 5-15.

VARGAS VELASQUEZ, A. *Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas*, Bogotá D.C.: Intermedio Editores, 2002.

VARGAS VELASQUEZ, A. *Guerra o solución negociada. ELN: origen, evolución y procesos de paz*, Bogotá D.C.: Intermedio Editores, 2006.

VARGAS VELÁSQUEZ, A. *Colombia: escenarios posibles de guerra o paz*, Bogotá D.C.: Ediciones de la Universidad Nacional de Colombia, 2010.

VEGA CANTOR, R. *La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia: injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de Estado*. Bogotá D.C.: Ed. Ocean Sur, 2016.

VELA ORBEGÓZO, B. “Los ideales de la paz y los tiempos de la guerra” en *Boletín de Historia y Antigüedades*, No. 856, enero-junio de 2013, Órgano de la Academia Colombiana de Historia, Ed. Kimpres Ltda. pp. 9-76.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal*, Medellín: Editorial Comlibros, 2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2010.

VENTURA ROBLES, M. E. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.

VERHOEVEN, J., “Le crime de genocide”, *RBDIP*, 1991/1.

VILLARRAGA SARMIENTO, A., “Experiencias históricas recientes de reintegración de excombatientes en Colombia”, en *Revista Colombia Internacional*, núm. 77, Bogotá D.C., Ediciones Uniandes, 2013.

VILLALPANDO, W. “El nuevo Derecho Internacional penal los crímenes internacionales” en *Invenio*, vol. 12, núm. 23, pp. 15-35, Argentina: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano Rosario, noviembre de 2009.

VV.AA. *El último año de las F.A.R.C. Conflicto, guerrilla y búsqueda de paz en Colombia*, Ed. Nelson-Gustavo Speccia, Córdoba: Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, 2010.

VV.AA. *Ley de amnistía. Comentario completo y sistemático. (Ley 1820 de 2016)*. Kai Ambos y Gustavo Emilio Cote Barco (Ed.), Bogotá D.C.: Fundación Konrad Adenauer, Ed. Nomos, 2019.

WALZER, M. *Reflexiones sobre la guerra*, Barcelona: Ediciones Paidós, 2004.

WALZER, M., *Terrorismo y guerra justa*, trad. de Tomás Fernández y Beatriz Eguibar, Madrid: Katz editores, 2008.

WEBER, M. *Economía y sociedad*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987.

WEDGWOOD, R. “War Crimes in the Former Yugoslavia: Comments on the International War Crimes Tribunal”. En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34 No. 2, pp. 277-281.

WEINER, A. S. “Ending Wars, Doing Justice: Colombia, Transitional Justice, and the International Criminal Court”. En *Stanford Journal of International Law*, vol. 52, 2016.

WELZEL, H., “Studien zum System des Strafrechts”, *ZSTW*, 58, 1939, pp. 491-496.

WERLE, G. *Principles of the International criminal law*, 2a Ed, La Haya: TMC Asser Press, 2009.

WERLE, G., y JESSBERGER, F. *Principles of International Criminal Law*, Oxford: OUP, 2014.

ZAFFARONI, E. *Hacia dónde va el poder punitivo*. Medellín: Ed. Universidad de Medellín Sello Editorial, 2009.

ZELIK, R., *Paramilitarismo. Violencia y transformación social, política y económica en Colombia*, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2015.

ZUPPI, A. L., *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2001.

#### **Contribuciones en obras colectivas**

ACOSTA L. J. I. y IDÁRRAGA M., A. M. “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional” en *Revista Derecho del Estado* n.º 45, enero-abril de 2020, pp. 55-99.

AGIRRE, X. “Prosecuting the most Responsible for International Crimes: Dilemmas of Definition and Prosecutorial Discretion”. En *Protección internacional de derechos humanos y Estado de derecho*, Joaquín González (ed.). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. 2009. Recuperado de: [http://academia.edu/2571646/Prosecuting\\_the\\_most\\_Responsible\\_for\\_International\\_Crimes\\_Dilemmas\\_of\\_Definition\\_and\\_Prosecutorial\\_Discretion](http://academia.edu/2571646/Prosecuting_the_most_Responsible_for_International_Crimes_Dilemmas_of_Definition_and_Prosecutorial_Discretion)

AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Temas del derecho penal internacional*, Trad. de Fernando del Cacho, Mónica Karayán y Oscar Julián Guerrero. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001.

AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”. En *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Coord. por Kai Ambos, pp. 159-227, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

AMBOS, K. “Superior Responsibility”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), New York: Oxford University Press, 2002.

AMBOS, K. “El caso alemán”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá D.C.: Ed. Temis – GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, pp. 15-ss., 2008.

AMBOS, K. “Article 25: Individual Criminal Responsibility”. En: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto. (Ed.). Munchen: Nomos, 2014.

AMBOS, K. y ZULUAGA, J., “Justicia de transición y Constitución a manera de introducción” en *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Kai AMBOS (coord.), Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2014. pp. 1-17.

AMBOS, K. “The ICC and Common Purpose - What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?” En: *The Law and Practice of the International Criminal Court*. STAHN, C. (Ed.) Nueva York: Oxford University Press, 2015.

AMBOS, K. “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional” en *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga (Coord.), pp. 119-166, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018.

APONTE, A. “Colombia” En *Persecución Penal Nacional de los Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (Ed.), Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003. pp. 201-258.

APONTE, D. “Terminando el conflicto violento con el ELN: de la necesidad de finalizarlo más allá del recurso de las armas”, en *No estamos condenados a la guerra. Hacia una estrategia de cierre del conflicto con el ELN*, APONTE, D. y VARGAS, A. (eds.), Bogotá D.C.: CINEP, pp. 32-110. 2011.

ARNOLD, K. y TRIFFTERER, O. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article”. En: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto. (Ed.). Munchen: Nomos, 2014. pp. 795-843.

AYALA DIAGO, C. A. “Nacionalismo y populismo. ANAPO y el discurso político de la oposición en Colombia: 1960-1966”, en: *Resistencia y oposición al establecimiento del Frente Nacional. Los orígenes de la Alianza Nacional Popular, ANAPO. Colombia 1953-1964*, Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 1996.

BEJARANO, J. A. “La política de paz durante la administración Barco”, en *Política, economía y desarrollo social. El gobierno Barco, 1986-1990*, (Coord.) DEAS, M. y OSSA, C., pp. 79-98, Bogotá D.C.: FEDESARROLLO–Fondo Cultural Cafetero, 1994.

BEJARANO, A. M., y PIZARRO, E. “The Coming Anarchy: The Partial Collapse of the State and the Emergence of Aspiring State Makers in Colombia”. En *Workshop at the Punk Center of International Relations*. Universidad de Toronto, 2001.

BERGSMO, M. y SAFFON, M. P. “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?” en, *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, Kai Ambos (ed.) Bogotá D.C.: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, 2011, pp. 23-112.

BERNAL PULIDO, C. “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del Marco Jurídico para la Paz”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Carlos Bernal Pulido,

Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 27-96. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.

BETTATI, M., “Le crime contre l’humanité”, en *Droit International Penal*, Coord. por Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux y Alain Pellet, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 103-123, Paris: Pedone, 2000.

BOTERO MARINO, C. y RESTREPO SALDARRIAGA, E. “Estándares Internacionales y Procesos de Transición en Colombia”, en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Angelika Rettberg (ed.), Bogotá D.C.: Corcas Editores Ltda., 2005.

BURCHARD, CH. “¿Es efectivo el castigo penal de combatientes en un conflicto armado? Reflexiones iniciales sobre maneras para vencer la ignorancia sobre la eficacia de soluciones penales en la justicia transicional”, En *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga (Coord.), pp. 35-50, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018.

CASSESE, A. “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, en la obra *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Londres: Oxford University Press, 2002.

CORREA HENAO, M. “Justicia transicional en Colombia: Balance y desafíos constitucionales”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 25-174. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.

CROCKER, D. A. “Comisiones de la verdad, justicia transicional y sociedad civil” en MINOW, M., CROCKER, D. A., y MANI, R., *Justicia Transicional*, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre, Ed. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2011. pp. 109-152.

DE PRADA SOLAESA, J. R., “Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad” En *Perspectiva Iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, Coordinado por Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo, pp. 89-106, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

DE PREUX, J. “Article 86” en *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ed. por Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

DÍAZ BARRADO, C. M. “Conflicto en Colombia y Derecho Internacional: Dos cuestiones de interés”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), pp. 57-70. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017.

DORADO PORRAS, J. “Algunas consideraciones entorno a la jurisdicción especial para la paz: amnistía y castigo de las graves violaciones a Derechos Humanos”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017.

DÖRMANN, K., “Crímenes de guerra en los elementos de los crímenes”. En *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Coord. por Kai Ambos, pp. 105-157, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

ESER, A. “Individual Criminal Responsibility” en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), New York: Oxford University Press, 2002.

ESER, A. “Mental Elements-Mistakes of Fact and Mistakes of Law”. En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Coord. por Antonio Cassese; Paola Gaeta; J. R. W. D. Jones, vol. I, 1st edition, 2002, New York: Oxford University Press, 2018. pp. 889-948.

FAJARDO, L. A. “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo



Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Eds.), pp. 175-319. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.

FENRICK, W. J., “Article 28. Responsibility of commanders and other superiors”, En *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (ed.), Baden-Baden: Nomos, 1999.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “La adscripción de un hecho a su autor: La pertenecía del hecho. Especial referencia al administrador”, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Dir. Luzón Peña, D. M., Madrid: Ed. Tirant lo Blanch 2010, pp. 581 y ss.

FERNANDEZ LIESA, C., “Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, pp 67-75.

FERNÁNDEZ LIESA, C. “El derecho internacional en el Acuerdo de Paz”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017, pp. 39-55.

FRIGAARD, S. "Some introductory remarks", en *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Morten Bergsmo, (ed.), Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, pp. 1-6.

FORER, A. Y LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia” en *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Kai Ambos (Coord.), Bogotá, D.C.: GIZ, 2011.

GARROCHO SALCEDO, A., “La responsabilidad del superior por omisión” en *Derecho Penal Internacional*, Coord. por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 233-252. Madrid: Editorial DYKINSON, 2016.

GASSER, H. P. “International Humanitarian Law: an introduction” en *Humanity for all: the international Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Haug (ed.), Berna: Paul Haupt Publishers, 1995.

GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes”. En *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Coord. por Kai Ambos, pp. 65-104, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

GIL GIL, A., “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 511-587. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

GIL GIL, A. y MACULAN, E. “Qué es el derecho penal internacional” en *Derecho penal internacional* Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, , pp. 37-49, Madrid: Ed. DYKINSON, 2016.

GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad” en *Derecho Penal Internacional*, Coord. por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 369-387. Madrid: Editorial DYKINSON, 2016.

GIL GIL, A. “El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”. En *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Alicia Gil Gil, Elena Maculan y Susana Ferreira (Ed.), pp. 21-52, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2017.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. y URBANO MARTÍNEZ, J. J. “Delitos contra la vida y la integridad personal” en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003.

GONZÁLEZ REUS, J. J. “Delitos contra la comunidad internacional” en *Derecho Penal Español. Parte Especial 2ª edición*, Manuel Cobo del Rosal, (coord.), Madrid: Ed. Dykinson, 2005.

GRANADA, S., RESTREPO, J. A., VARGAS, A. R. “El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano” en *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones* Editado por RESTREPO, J. A. y APONTE, D., Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. CERAC. pp. 27-124. 2009.

GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint criminal enterprise* ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 413-471. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, A. “Lección 16: Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

JAKOBS, G. “IV. La omisión: estado de la cuestión” en *Sobre el estado de la teoría del delito*, (VV.AA.) Madrid: Civitas Ediciones, 2000. pp. 131-153.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C., “La primera sentencia de la CPI: Reflexiones sobre el Caso Lubanga” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 329-361. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

KISS, A., “La jurisprudencia de la corte penal internacional en cuanto a la contribución en el crimen cometido por un grupo” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 473-506. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

KREß, C. “The international criminal court as a turning point in the history of international criminal justice” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice* Antonio Cassese (Ed.), Oxford: Oxford University Press, 2009.

LIROLA DELGADO, I., “Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios” En *Perspectiva Iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo (Coord.), pp. 107-118, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

LÓPEZ DÍAZ, C., GONZÁLEZ, D., ERRANDONEA, J. “Justicia transicional en Colombia” en *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, Andreas Forer y Claudia López Díaz (Ed.), Bogotá D.C.: Alvi Impresores Ltda, 2011. pp. 11-114.

MACULAN, E. “Las formas de intervención punibles: autoría y participación” en *Derecho penal internacional* Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 37-49, Madrid: Ed. DYKINSON, 2016.

MALLINDER, L. “Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties”. En *Building Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Kai Ambos, Judith Large, y Marieke Wierda, (eds.). pp. 127-171. Berlin: Springer, 2009.

MARAVÉ GÓMEZ, M., “El principio de confianza en Derecho penal”, En *Temas actuales de investigación en ciencias penales*, Coord. por Lina Mariola Díaz Cortés, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, pp. 35-58.

MUÑOZ CONDE, F., “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 259-295. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

NASI, C. “Instituciones políticas para el posconflicto” En *Construcción de paz en Colombia*. Angelika Rettberg (ed.), Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, pp. 51-81.

NIETO NAVIA, R., “Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad”, en *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje a Germán Cavelier*, Ricardo Abello Galvis (edits.), Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2006, pp. 49-88.

OLÁSOLO ALONSO, H., “la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales: especial referencia a los casos “Al Bashir”, “Al-Gaddafi” y “Al-Senussi” ante la Corte Penal Internacional” en *Intervención delictiva y derecho penal internacional reglas de atribución*

*de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Coord. Alicia Gil Gil y Elena Maculan, pp. 297-327. Madrid: Editorial DYKINSON, 2013.

OOSTERVELD, V. “The context of genocide” en *The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, R. Lee (Ed.), Ardsley: Transnational Publishers, 2001.

OTÁLORA LOZANO, G. “La responsabilidad del superior en la jurisdicción especial para la paz” en *Justicia transicional en Colombia: un nuevo camino hacia la paz*, Juan Carlos Forero Ramírez (Coord.), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017. pp. 311-359.

PIGRAU SOLÉ, A., “Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), pp. 655-690, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013.

PORTILLA CONTRERAS, G. “¿Es factible la estructura de la participación por omisión del mando en el acuerdo final de 24 de noviembre de 2016” En *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, Gerardo Ruíz-Rico Ruíz, Ildikó Szegedi-Maszák y Rafael A. Prieto Sanjuán (Ed.), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018? pp. 155-179.

QUESADA ALCALÁ, C., “La justicia penal internacional y Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), pp. 691-710, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013.

RAMÍREZ QUESADA, S. “La aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Colombia”, en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (Coord.), Getafe: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, 2013.

REMIRO BROTONS, A., “Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial”, en *El Derecho Penal Internacional*, Enrique Bacigalupo Zapater (Coord.), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

RESTREPO, J., SPAGAT, M. y VARGAS, J., “El conflicto en Colombia: ¿quién hizo qué a quien? Un enfoque cuantitativo (1988-2003)” en *Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2006.

REYES, A. “Compra de tierras por narcotraficantes”, en *Drogas ilícitas en Colombia: su impacto económico, político y social*, Ed. por THOUMI, F., Bogotá D.C.: Ed. Ariel y PNUD, 1997.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “Targeted Killing. De los ataques letales selectivos y a las ejecuciones extrajudiciales”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), Navarra: Ed. Aranzadi, 2013.

SALAND, P., “International Criminal Law Principles”, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations*, Roy Lee (ed.), The Hague: Kluwer Law International, 1999.

SÁNCHEZ, F. y DIAZ, A., “Geografía de los cultivos ilícitos y conflicto armado en Colombia” en *Las cuentas de la violencia*, Dir. Por F. Sánchez, Bogotá D.C.: Ed. Norma, pp. 131-205, 2007.

SCHULTZE-KRAFT, M. “La cuestión militar en Colombia: la fuerza pública y los retos de la construcción de la paz”, En *Construcción de paz en Colombia*. Angelika Rettberg (ed.), Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, pp. 405- 433, 2012.

SUAREZ ALDANA, C. “La jurisdicción especial para la paz a la luz de la jurisprudencia internacional”. En *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Alicia Gil Gil, Elena Maculan y Susana Ferreira (Ed.), Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2017.

SUÁREZ DÍAZ, E. y VELASCO CHAVES, E. “Máximos responsables”. En *Justicia transicional: verdad y responsabilidad*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 173-289. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.

TEITEL, R. “Transitional justice and the peace process in Colombia”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (Ed.) pp. 247-281. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.

TINAJERO ESQUIVEL, S. “Verdad y Justicia”, en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* Martín, Claudia (ed)., México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2004.

TORPEY, J. “Victims and Citizens: the discourse of Reparation(s) at the dawn of the new millennium”, en: *Out of Ashes. Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, DE FEYTER, K. (Ed.) Antwerp: Intersentia, 2005, pp. 35-50.

UPRIMNY YEPES, R., SAFFON SANÍN, M. P., BOTERO MARINO, C. y RESTREPO SALDARRIAGA, E. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006.

UPRIMNY YEPES, R. y LASSO, L. “Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones” en *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*. Fundación Social – FESCOL, Embajada de Alemania, Bogotá D.C., 2004.

UPRIMNY YEPES, R. y SAFFON SANÍN, M. P. “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades” en *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*, Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Sanín, Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga (Dir.), Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006. pp. 109-138.

VACAS FERNÁNDEZ, F. “Los derechos de las víctimas y la negociación: el caso de Colombia”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones*

*sobre el conflicto colombiano*, Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs), Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, pp 541-589.

VALLINI, A. “El *mens rea*”. En *Introducción al Derecho Penal Internacional*, Trad. Yesid Viveros Castellanos, Bogotá D.C.: Universidad Libre, 2006.

VAN SLIEDREGT, E. “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity” en *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (comps.), New York: Oxford University Press, 2011.

VARGAS VELASQUEZ, A. "La especificidad colombiana: la seguridad democrática" en *Seguridad Humana y Nuevas Políticas de Defensa en Iberoamérica*, Ed. por I. Sepúlveda, Madrid: Ed. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – Uned, pp. 121-150, 2007.

VARGAS VELÁSQUEZ, A., PABÓN, N., ESCOBAR LLANOS, P., y MENDÍVIL, L., “Colombia. El caso colombiano”, en *La administración de la defensa en América Latina. Vol. II Análisis nacionales*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2008.

VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”. En *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, Coord. Roy S. K. Lee, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 79-126.

## **Referencias Documentales**

### **Jurisprudencia Internacional**

#### **Jurisprudencia de la CIDH**

CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

CIDH. *Caso Godínez Cruz c. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989.

CIDH. *Caso Caballero Delgado y Santana c. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995.

CIDH. *Caso Castillo Páez c. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

CIDH, *Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú*, de 30 de mayo de 1999.



CIDH. *Caso Cesti Hurtado c. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999.

CIDH. *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia de 15 de noviembre de 2000.

CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.

CIDH. *Caso Cantos c. Argentina*, sentencia de 7 de septiembre de 2001.

CIDH. *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, sentencia de 3 de diciembre de 2001.

CIDH. *Caso Las Palmeras c. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001.

CIDH. *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia*. Sentencia de 27 de febrero de 2002.

CIDH. *Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, Sentencia del 7 de junio de 2003.

CIDH. *Caso Bulacio c. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

CIDH. *Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003.

CIDH. *Caso 19 Comerciantes c. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004.

CIDH. *Caso Lori Berenson c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004.

CIDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, de 1 de marzo de 2005.

CIDH. *Caso Comunidad Moiwana c. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005.

CIDH. *Caso Yatama c. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005.

CIDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

CIDH. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005

CIDH. *Caso Masacre de La Rochela c. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2006.

CIDH. *Caso Masacres de Ituango c. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006.

CIDH. *Caso Almonacid Arellano y Otros c. Chile*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

CIDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

CIDH, *Caso La Cantuta c. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006.

CIDH. *Caso Escué Zapata c. Colombia*, sentencia de 4 de julio de 2007.

CIDH. *Caso Ticona estrada y Otros c. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008.

CIDH. *Caso Valle Jaramillo c. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008.

CIDH. *Caso Perozo y otros c. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009.

CIDH. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) c. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

CIDH. *Caso La Masacre de las Dos Erres c. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009.

CIDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010.

CIDH. *Caso Gomes Lund c. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

CIDH. *Caso Gelman c. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011.

CIDH. *Caso Vélez Restrepo c. Colombia*, sentencia de 3 de septiembre de 2012.

CIDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012.

CIDH. *Caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012.

CIDH. *Caso García Lucero c. Chile*, sentencia de 28 de agosto de 2013.

CIDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013.

CIDH. *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014.

CIDH. *Caso Yarce y Otras c. Colombia*, sentencia de 22 de noviembre de 2016.

CIDH. *Caso Vereda La Esperanza c. Colombia*, sentencia de 31 de agosto de 2017.

CIDH. *Caso Carvajal Carvajal y Otros c. Colombia*, sentencia de 13 de marzo de 2018.

### **Jurisprudencia del TPIY**

TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, No. IT-94-1-T.

TPIY. *Caso The Procureur c. Karadzic and Mladic*, sentencia 28 de junio de 1996, No. IT-95-18-R61.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Drazen Erdemovic*, sentencia de 29 de noviembre de 1996, No. IT-96-22-T.

TPIY, *Caso The persecutor c. Jelisic*, sentencia del 19 de octubre de 1998, No. IT-95-10.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. ("Celebici")*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, No. IT-96-21-T.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, No. IT-94-1-A.

TPIY. *Caso The Procureur c. Kupreskic*, sentencia 14 de enero de 2000. No. IT-95-16-T.

TPIY, *Caso The persecutor c. BlasKic*, sentencia de 3 de marzo de 2000, No. IT-95-14-T.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, sentencia de 24 de marzo de 2000, No. IT-95-14/1-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001. No. ICTY-96-23-T y 96-23/1-A.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Mucic et al. ("Celebici")*, sentencia del 21 de febrero de 2001, No. IT-96-21-A.

TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 26 de febrero de 2001, No. IT-95-14/2-T.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Kunarac and Kovac*, Sentencia de 21 de junio de 2001, No. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T.

TPIY, *Caso The persecutor c. Radislav Krstić*, Sentencia del 2 de agosto de 2001, No. IT-98-33-T.

TPIY, *Caso The persecutor c. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 12 de junio de 2002, No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A.

TPIY, *Caso The persecutor c. Naletilic and Martinovic*, sentencia de 31 de marzo de 2003, No. IT-98-34-T.

TPIY. *Caso The Prosecutor c. Milan Milutinovic*. Sentencia del 21 de mayo de 2003, No. ICTY-99-37-AR72.

TPIY. *Caso The persecutor c. Hadzihasanovic*, sentencia de 16 de julio de 2003, No. ICTY-01-47-AR42.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Krnojelac*, sentencia de 17 de septiembre de 2003. No. IT-97-25-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Galic*, sentencia de 5 de diciembre de 2003, No. IT-98-29-T.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Radislav Krstić*, sentencia del 19 de abril de 2004, No. IT-98-33-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Milosevic*, sentencia de 16 de junio de 2004. No. IT-02-54-T.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Tihomir Blaskic*, sentencia de 29 de julio de 2004, No. IT-95-14-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 15 de septiembre de 2004. No. ICTY-99-36-T.

TPIY *Caso The Prosecutor c. Kordic y Čerkez*, sentencia del 17 de diciembre de 2004, No. IT-95-14/2-A.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Strugar*, sentencia de 31 de enero de 2005, No. IT-01-42-T.

TPIY. *Caso The persecutor c. Sefer Halilović*, sentencia de 16 de noviembre de 2005, No. IT-01-48-T.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Fatmir Limaj y Otros*. Sentencia del 30 de noviembre de 2005. No. IT-03-66-T.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihanovic and Amir Kubura*, sentencia de 15 de marzo de 2006, No. IT-01-47-T.

TPIY. *Caso The Prosecutor c. Milan Milutinovic*. Sentencia del 22 de marzo de 2006, No. IT-05-87-PT.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Stakic*, sentencia de 22 de marzo de 2006, No. IT-97-24-A.

TPIY. *Caso The persecutor c. Naser Olic*, sentencia de 30 de junio de 2006, No. IT-03-68-T.

TPIY, *Caso The persecutor c. Krajišnik*, sentencia de 27 de septiembre de 2006, No. IT-00-39-T.

TPIY. *Caso The persecutor c. Simic*, sentencia de 28 de noviembre de 2006, No. IT-95-9-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Milomir Galic*, sentencia de 30 de noviembre de 2006, No. IT-98-29-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Radoslav Brdanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007. No. ICTY-99-36-A.

TPIY. *Caso The persecutor c. Blagojevic*, sentencia de 9 de mayo de 2007, No. ICTY-02-60-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Mrkšić et al.* Sentencia del 27 de septiembre de 2007. No. IT-95-13/1-T.

TPIY. *Caso The Prosecutor c. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, sentencia de 22 de abril de 2008, No. IT-01-47-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Delić*. Sentencia de 15 de septiembre de 2008. No. IT-04-83-T.

TPIY. *Caso The Prosecutor c. Milan Milutinovic*. Sentencia del 26 de febrero de 2009, No. IT-05-87-T.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Krajisnik*. Sentencia de 17 de marzo de 2009. No. IT-00-39-A.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Dragomir Milosevic*. Sentencia de 12 de noviembre de 2009. No. IT-98-29/1-A.

TPIY *Caso The Prosecutor c. Boskoski*, sentencia del 19 de mayo de 2010, No. IT-04-82-A.

TPIY, *Caso The Prosecutor c. Popović et al*, sentencia de 10 de junio de 2010, No. IT-05-88-T.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Radovan Karadzic*, sentencia de 24 de marzo de 2016, No. IT-95-5/18-T.

TPIY. *Caso The prosecutor c. Ratko Mladić*, sentencia de 22 de noviembre de 2017. No. IT-09-92-T.

### **Jurisprudencia del TPIR**

TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, No. ICTR-96-4-T.

TPIR, *Caso The persecutor c. Jean Kambanda*, Sentencia del 4 de septiembre de 1998, No. ICTR-97-23-S.

TPIR, *Caso The persecutor c. Kayishema y Ruzindana*, sentencia del 21 de mayo de 1999, No. ICTR-95-1-T.

TPIR, *Caso The persecutor c. George Rutaganda*, sentencia del 6 de diciembre de 1999, No. ICTR-96-3-T.

TPIR, *Caso The persecutor c. Alfred Musema*, Sentencia del 27 de enero de 2000, No. ICTR-96-13-T.

TPIR, *Caso The persecutor c. Akayesu*, Sentencia del 1 de junio de 2001, No. ICTR-96-4-A.

TPIR, *Caso The Prosecutor c. Kayishema and Ruzindana*, Sentencia de 1 de junio de 2001, No. ICTR-95-1-A.

TPIR, *Caso The persecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 7 de junio de 2001, No. ICTR-95-1A-T.

TPIR, *Caso The prosecutor c. Ignace Bagilishema*, sentencia del 3 de julio de 2002, No. ICTR-95-1A.

TPIR, *Caso The persecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 15 de mayo de 2003, No. ICTR-97-20-T.

TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 3 de diciembre de 2003, No. ICTR-99-52-T.

TPIR. *Caso The prosecutor c. Ntagerura*, sentencia del 24 de febrero de 2004, No. ICTR-96-44-T.

TPIR. *Caso The prosecutor c. Laurent Semanza*, sentencia del 20 de mayo de 2005, No. ICTR-97-20-A.

TPIR. *Caso The prosecutor c. Gacumbitsi*, sentencia de 7 de julio de 2006. No. ICTR-2001-64-A.

TPIR, *Caso The persecutor c. Muhinarav*, sentencia del 21 de mayo de 2007, No. ICTR-95-1B-A.

TPIR, *Caso The persecutor c. Nahimana et. al*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, No. ICTR-99-52-A.

TPIR. *Caso The prosecutor c. Zigiranyirazo*. Sentencia de 18 de diciembre de 2008. No. ICTR-01-73-T.

TPIR, *Caso The Prosecutor c. Théoneste Bagosora*, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, No. ICTR-98-41-T.

TPIR. *Caso The prosecutor c. Munyakazi*, sentencia de 28 de septiembre de 2011, No. ICTR-97-36A-A.

TPIR. *Caso The prosecutor c. Bizimungu*, sentencia de 30 de septiembre de 2011, No. ICTR-99-50-T.

TPIR, *Caso The Prosecutor c. Théoneste Bagosora*, Sentencia de 14 de diciembre de 2011, No. ICTR-98-41-A.

TPIR, *Caso The Prosecutor c. Karemera et. al*, sentencia de 2 de febrero de 2012, No. ICTR-98-44-T.

### **Jurisprudencia TESL**

TESL, *Caso The Prosecutor c. Brima, Kamara, and Kanu*, sentencia de 22 de febrero de 2008, No. No. SCSL-04-16-T.

TESL, *Caso The Prosecutor c. Fofana and Kondewa*; sentencia de 28 de mayo de 2008, No. SCSL-04-14-A.

### **Jurisprudencia de la CPI**

CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 29 de enero de 2007, No. ICC-01/04-01/06-803.

CPI, *Caso The persecutor c. Ali Kushayb*, sentencia de 27 de abril de 2007 (Orden de arresto). No. ICC-02/05-01/07-2.

CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo*, Pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10 de junio de 2008 (Orden de arresto), No. ICC-01/05-01/08-14.

CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, sentencia de 30 de septiembre de 2008 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/04-01/07-717.

CPI, *Caso The Prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia de 4 de marzo de 2009 (Orden de detención), No. ICC-02/05-01/09.

CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 15 de junio de 2009 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/05-01/08-424.

CPI. *Caso The prosecutor c. Bahar Idriss Abu Garda*. Sentencia de 8 de febrero de 2010 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/05-02/09-243-Red.

CPI, *Caso The prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, sentencia del 10 de julio de 2010, No. ICC-02/05-01/09-94.

CPI, *Caso The prosecutor c. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, sentencia de 7 de marzo de 2011, No. ICC-02/05-03/09-121.

CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*. Sentencia del 8 de marzo de 2011. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-02/11.

CPI, *Caso The prosecutor c. Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi*, sentencia de 27 de junio de 2011 (Orden de arresto), No. ICC-01/11-01/11-1.

CPI, *Caso The prosecutor c. Callixte Mbarushimana*. Sentencia del 16 de diciembre de 2011 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/04-01/10-465-Red.

CPI, *Caso The prosecutor c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. Sentencia de 23 de enero de 2012. (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-01/09-01/11-373.

CPI, *Caso The prosecutor c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*. Sentencia de 23 de enero de 2012 (Decisión de confirmación de cargos), No. ICC-01/09-02/11-382-Red.

CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 14 de marzo de 2012, No. ICC-01/04-01/06-2842.

CPI, *Caso The prosecutor c. Mathieu Ngudjolo*. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. No. ICC-01/04-02/12-4.

CPI, *Caso The prosecutor c. Germain Katanga*, sentencia de 7 de marzo de 2014, No. ICC-01/04-01/07-3436.

CPI, *Caso The prosecutor c. Bosco Ntaganda*. Sentencia del 9 de junio de 2014 (Decisión sobre la confirmación de cargos). No. ICC-01/04-02/06.

CPI, *Caso The prosecutor c. Laurent Koudou Gbagbo*, Sentencia del 12 de junio de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-01/11-1.

CPI, *Caso The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 1 de diciembre de 2014, No. ICC-01/04-01/06-3121.

CPI, *Caso The prosecutor c. Charles Blé Goudé*. Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/11-02/11-186.

CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 21 de marzo de 2016. No. ICC-01/05-01/08-3343.



CPI, *Caso The Prosecutor c. Dominic Ongwen*. Sentencia del 23 de marzo de 2016 (Decisión de confirmación de cargos). No. ICC-02/04-01/15-422-Red.

CPI, *Caso The Prosecutor c. Ahmed Al Faqi Al Mahdi*. Sentencia de 27 de septiembre de 2016. No. ICC-01/12-01/15-171.

CPI, *Caso The persecutor c. Jean- Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido*. Sentencia de 19 de octubre de 2016, No. ICC-01/05-01/13-1989.

CPI, *Caso The persecutor c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de 8 de junio de 2018. No. ICC-01/05-01/08-3636.

### **Informes y documentos de la CPI**

CPI., *Criteria for selection of situations and cases*, enero de 2007.

CPI, PTC II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, pronunciamiento de 31 de marzo de 2010, No. ICC-01/09-19-Corr.

CPI, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012.

CPI, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2015. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 12 noviembre 2015.

CPI, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2015. Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, 14 de noviembre 2016.

CPI. *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*. 2016. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf>

### **Jurisprudencia del TEDH**

TEDH, *Caso S.W.c. Reino Unido*, sentencia de 22 de noviembre de 1995.

TEDH, *Caso Touvier c. Francia*, sentencia de 13 de enero de 1997;

TEDH, *Caso Streletz y Otros c. Alemania*, sentencia de 22 de marzo del 2001.

TEDH, *Caso Papon c. Francia*, sentencia de 15 de noviembre del 2001.

TEDH, *Caso Kolk c. Estonia*, sentencia de 17 de enero del 2006.

TEDH, *Caso Penart c. contra Estonia*, sentencia de 24 de enero del 2006.

TEDH, *Caso Kononov c. Lituania*, sentencia de 24 de julio del 2008.

TEDH. *Caso Varnava y otros c. Turquía*. Sentencia del 18 de septiembre de 2009.

TEDH. *Caso Al-Jedda c. Reino Unido*. Sentencia del 7 de julio de 2011.

TEDH. *Caso Janowiec y otros c. Rusia*. Sentencia del 16 de abril de 2012.

## **Jurisprudencia Nacional**

### **Jurisprudencia Corte Constitucional**

Corte Constitucional. Sentencia T – 572 de 1992. Acción de tutela por violación al debido proceso.

Corte Constitucional. Sentencia C – 574 de 1992. Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

Corte Constitucional. Sentencia C – 127 de 1993. Revisión de exequibilidad del Decreto 2266 de 1.991.

Corte Constitucional. Sentencia C – 171 de 1993. Revisión constitucional del Decreto No. 264 del 5 de febrero de 1993 “Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 176 de 1994. Revisión constitucional de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993 “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas’, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988”.

Corte Constitucional, Sentencia C – 225 de 1995. Revisión oficiosa del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

Corte Constitucional. Sentencia C – 293 de 1995. Revisión constitucional del Artículo 45 del Decreto 2700 de 1991.

Corte Constitucional. Sentencia C – 399 de 1995. Revisión constitucional del Artículo 18 (literal d) de la Ley 4º de 1990.

Corte Constitucional. Sentencia C – 358 de 1997. Revisión constitucional de los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial), 45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125 (parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366 (parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial), 500 (parcial), 577, 645, 702 y 703 del Decreto 2550 de 1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar.

Corte Constitucional. Sentencia C – 456 de 1997. Revisión constitucional del artículo 127 del decreto 100 de 1980 “Por medio del cual se expide el Código Penal”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 572 de 1997. Revisión constitucional de los artículos 4 (parcial), 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 46 del Decreto 356 del 11 de febrero de 1994, “Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 878 de 2000. Revisión constitucional de los artículos 1; 2; 3 y 195 de la ley 522 de 1999 “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 177 de 2001. Revisión constitucional del artículo 322 (parcial) del Código Penal, creado por el artículo primero de la Ley 589 de 2000 “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 646 de 2001. Revisión constitucional de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal” y la Ley 600 de 2000 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.”

Corte Constitucional. Sentencia C – 1149 de 2001. Revisión constitucional los artículos 107, 108 inciso 3 y 305 parcial de la ley 522 de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia SU – 1184 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C – 181 de 2002. Revisión constitucional de los artículos 9 (total), 20, 25, 27, 29, 30, 44 (parciales), 65 (total), 116, 131, 146, 151 y 157 (parciales) de la Ley 200 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2002. Revisión constitucional del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, “(p)or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 251 de 2002. Revisión constitucional de la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3, 6, 13, 20 literal a), 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 párrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72.

Corte Constitucional, Sentencia C – 578 de 2002. Revisión constitucional de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 580 del 2002. Revisión oficiosa de la “Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C – 695 de 2002. Revisión constitucional del artículo 13 de la Ley 733 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C – 1076 de 2002. Revisión constitucional de los artículos 39 numeral 1º; 46 inciso 1º y 2º; 47 numeral 1º, literal i) y numeral 2º literal e); 48, numerales 4º, 5º literal a), 6º, 7º, 9º, 19 y párrafo 2º; 49; 51; 53, incisos 1º y 2º; 54 numeral 3º, inciso 2º; 55, párrafo 1º, 61, numeral 4º; 88; 93; 108; 119 inciso 2º; 124; 143 numeral 1º; 150, inciso 5º y párrafo 2º; 158; 159; 160; 165; 171, inciso 1º; 173; 175 incisos 2º y 4º; 177 inciso 1º; 194; 206 y 213, todos parciales de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 004 de 2003. Revisión constitucional del artículo 220 numeral 3 parcial de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal.

Corte Constitucional. Sentencia T – 602 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T – 721 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C – 873 de 2003. Revisión constitucional de los artículos 1º (parcial), 2º (parcial), 3º (parcial), 5º (parcial), 6º (parcial), 10, 11 (parcial), 12 (parcial), 17 (parcial), 18 (parcial), 22, 30 (parcial), 31 (parcial), 32 (parcial), 39 (parcial) y 42 (parcial) del Decreto Ley 261 de 2000, “por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, y 75 (parcial), 112 (parcial), 115 (parcial) y 116 de la Ley 600 de 2000, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 1055 de 2003. Revisión oficiosa de la Ley 804 del 1º de abril de 2003 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 148 de 2005. Revisión constitucional de las expresiones “grave” contenida en el numeral 1º del artículo 101 y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 979 de 2005. Revisión constitucional de los artículos 78, 192, 327, 330 y 527 de la Ley 906 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C – 370 del 2006. Revisión constitucional de los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la

paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad.

Corte Constitucional. Sentencia C – 575 de 2006. Revisión constitucional de los artículos - total o parcialmente acusados- 1 a 13, 15 a 20, 22 a 27, 29 a 34, 36 a 58, 60 a 62, 64 y 71 de la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 1036 de 2006. Revisión constitucional del artículo 3 (parcial) de la Ley 683 de 2001, “Por la cual se establecen unos beneficios a favor de los veteranos sobrevivientes de la guerra de Corea y el conflicto con el Perú y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia T – 188 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C – 209 de 2007. Revisión constitucional de los artículos 11, 137, 284 (parcial), 306 (parcial), 316 (parcial), 324, 327 (parcial), 333 (parcial), 337, 339 (parcial), 342 (parcial), 344 (parcial), 356 (parcial), 357 (parcial), 358 (parcial), 359 (parcial), 371 (parcial), 378 (parcial), 391, 395 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 291 de 2007. Revisión constitucional de los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999.

Corte Constitucional. Auto 092 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C – 537 de 2008. Revisión constitucional de la Ley 1108 del 27 de diciembre de 2006, “por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra el Terrorismo”, suscrita en la ciudad de Bridgetown, Barbados, el tres (3) de junio de dos mil dos (2002), en el trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 029 de 2009. Revisión constitucional de los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457 del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997;

los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 - numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229, 233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T – 085 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C – 488 de 2009. Revisión constitucional del artículo 101 (parcial) de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 801 de 2009. Revisión constitucional de la Ley 1268 de 2008, por medio de la cual se aprueban “las reglas de procedimiento y prueba” y los “elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional” aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C – 141 de 2010. Revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.

Corte Constitucional, Sentencia C – 936 de 2010. Revisión constitucional del numeral 17 y el párrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 620 de 2011. Revisión de constitucionalidad de la Ley 1418 del 1 de diciembre de 2010, por medio de la cual se aprueba “la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C – 771 de 2011. Revisión constitucional de los artículos 1, 4, 6 y 7 (todos parcialmente) de la Ley 1424 de 2010, “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012. Revisión constitucional del artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y

reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 290 de 2012. Revisión constitucional del artículo 1 de la Ley 1426 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C – 715 de 2012. Revisión constitucional de la Ley 1448 de 2011, artículos 28 numeral 9 (parcial), 70 (parcial); 72 incisos 1, 2, 4, y 5 (parciales); 73 numeral 1 y 2 (parciales); 74 inciso 6 (parcial); 75 (parcial); 76 inciso 4 (parcial) e inciso 5; 77 numeral 3 y 4 (parciales); 78 (parcial); 84 párrafo 2 (parcial); 91 inciso 1 (parcial); 99, 120 inciso 3 y 207.

Corte Constitucional. Sentencia C – 099 de 2013. Revisión constitucional de los artículos 79 (parcial), 88 (parcial) y 132 (parcial) de la Ley 1448 de 2011 “por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia SU – 254 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 2013. Revisión constitucional del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012 (parcial).

Corte Constitucional. Auto 009 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia T – 679 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C – 694 de 2015. Revisión constitucional de los artículos 1, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40 y 41 (todos parcialmente) e integralmente los artículos 19, 20 y 29 de la Ley 1592 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia C – 160 de 2016. Revisión constitucional del Artículo 10 (parcial) de la Ley 1448 de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 161 de 2016. Revisión constitucional del primer párrafo del artículo 3 (parcial) de la Ley 1448 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C – 257 de 2016. Revisión constitucional de los artículos 58.3, 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 379 de 2016. Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 94/15 Senado – 156/15 Cámara “por la cual se regula el

plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 699 de 2016. Revisión constitucional de artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 01 de 2016 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 630 de 2017. Revisión constitucional automática del Acto Legislativo 02 del 11 de mayo de 2017 “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017. Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017 “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia T – 718 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C – 007 de 2018. Revisión automática de la Ley 1820 de 2016 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 013 de 2018. Revisión de constitucionalidad del Decreto Ley 898 del 29 de mayo de 2017, “Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento de lo dispuesto en el Punto 3.4.4. del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 015 de 2018. Revisión constitucional del artículo 30 (parcial) de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.



Corte Constitucional. Sentencia C – 017 de 2018. Revisión automática de constitucionalidad del Decreto Ley 588 de 2017, “[p]or el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 025 de 2018. Revisión de constitucionalidad del Decreto ley 277 del 17 de febrero de 2017 “Por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 ‘por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 027 de 2018. Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 23 de mayo de 2017, “por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 067 de 2018. Revisión de constitucionalidad del Decreto Ley 589 de 2017, “Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”.

Corte Constitucional. Sentencia C – 080 de 2018. Revisión automática de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

Corte Constitucional. Auto 401 de 2018

Corte Constitucional. Sentencia C – 112 de 2019. Revisión constitucional de los artículos 1 (parcial) literal g., 11 parágrafo 2 (parcial), 54 (parcial) y 75 de la Ley 1922 de 2018 “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”; y el artículo 502 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

### **Jurisprudencia del Consejo de Estado**

Consejo de Estado. Sentencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Cuarta del 4 de julio de 2013. Rad. No. 11001-03-28-000-2010-00027-00.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C, Auto del 17 de septiembre de 2013, rad. Interno 45092.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2016, Exp. 00479-11.

### **Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal**

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 8 de marzo de 2001, Rad. 14851.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso Masacre Río Frío*, Auto de 6 de marzo de 2003, Rad. 17550.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 4 de abril de 2003, Rad. 12742.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de agosto de 2003, Rad. 19213

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 9 de marzo de 2006, Rad. 22327.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de abril de 2006. Rad. 22146.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Sentencia del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso contra Nicolás Rodríguez Bautista “Alias Gabino”- “Masacre de Machuca”*, Sentencia de 7 de marzo de 2007. Rad. 23825.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 11 de julio del 2007. Rad. 26945.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador Álvaro Araujo Castro*, Sentencia de 12 de septiembre de 2007. Rad. 27032.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 12 de septiembre de 2007, Rad. 24448.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 10 de abril de 2008. Rad. 29472.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 28 de mayo de 2008. Rad. 29560.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 2 de febrero de 2009, Rad. 29418.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de marzo de 2009. Rad. 30510.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 13 de abril de 2009. Rad. 30125.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 22 de mayo de 2009. Rad. 31582.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso Ejecuciones arbitrarias*, Sentencia de 27 de julio de 2009, Rad. 31914.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 31 de julio del 2009. Rad. 31539.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso Yamid Amat*, Sentencia de 8 de agosto de 2009. Rad. 25974

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rad. 29221.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador de la República Ricardo Elcure Chacón*, Sentencia de 16 de septiembre de 2009. Rad. 29640.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, Auto de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal *Caso del ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus*, sentencia de 3 de diciembre de 2009. Rad. 32672.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex Senador de la República Álvaro Alfonso García Romero*, Sentencia de 23 de febrero de 2010. Rad. 32805

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso “El Iguano”*. Auto de 11 de marzo del 2010. Rad. 33301.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso Rubén Darío Quintero Villalba*. Sentencia de 27 de septiembre de 2010, Rad. 34653.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de abril del 2011. Rad. 34547.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso contra el ex director del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS Jorge Noguera Cotes*, Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 32000.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Caso “Masacre de Mapiripán”*, Sentencia de 17 de noviembre de 2011. Rad. 34864.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto de 23 de noviembre de 2011. Rad. 36828.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de 8 de febrero de 2012. Rad. 35227.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 6 de junio del 2012. Rad. 35637.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Auto de 26 de septiembre de 2012. Rad. 38250.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Auto de 7 de noviembre de 2012. Rad. 39472.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso del Ex Congresista César Pérez García*, Sentencia del 15 de mayo de 2013. Rad. 33118.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Auto de 22 de mayo de 2013. Rad. 40830.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 12 de febrero de 2014. Rad. 40214.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de mayo del 2014. Rad. 39960.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de junio de 2014. Rad. 35115.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 5 de junio de 2014, Rad. 35113

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso Maza Márquez*, Auto de 27 de enero de 2015, Rad. 44312.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de 17 de junio de 2015. Rad. 43195.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de agosto de 2015. Rad. 38685.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso de Jesús Ignacio Roldán Pérez "Alias Monoleche"*, sentencia del 16 de diciembre de 2015. Rad. 45321.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso del coronel Luis Alfonso Plazas Vega*, sentencia del 16 de diciembre de 2015. Rad. 38957.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de mayo de 2016, Rad. 41758.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 10 de agosto de 2016. Rad. 47965.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 12 de octubre de 2016, Rad. 46604.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso Maza Márquez*, Sentencia del 23 de noviembre de 2016, Rad. 44312.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 8 de febrero de 2017, Rad. 46099.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Rad. 44921.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 9 de mayo de 2018, Rad. 46263.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de mayo de 2018. Rad. No. 51134.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de julio de 2018. Rad. 50394.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Caso Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las Autodefensas*. Sentencia de 5 de diciembre de 2018, Rad. 50236.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de marzo de 2019. Rad. 40098.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en Sentencia de 22 de mayo de 2019, Rad. 50874.

Corte Suprema de Justicia *Caso contra el General Jesús Armando Arias Cabrales*, Sala de Casación Penal, Sentencia de 24 de septiembre de 2019. Rad. 46382.

## **Jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz**

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 19 de marzo de 2009. Rad. 11001600253200680526.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Auto de 7 de diciembre de 2009 (control de legalidad). Rad. 2006 80281.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 29 de junio de 2010. Rad. 11001600253200680077.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 2 de diciembre de 2010. Rad. 11001600253200680281.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 5 de diciembre de 2011. Rad. 110016000253200782791.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 7 de diciembre de 2011. Rad. 110016000253-200681366.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 16 de diciembre de 2011. Rad. 110016000253200782701.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 31 de enero de 2012. Rad. 110016000253200680585.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 16 de abril de 2012. Rad. 110016000253200883280.

## **Jurisprudencia JEP**

Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad Y de Determinación de los Hechos y Conductas. *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*. Bogotá D.C., 28 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal Para la Paz. Sección de Revisión. Pronunciamiento del 15 de mayo de 2019. Rad. 60-000053-2018.

## **Documentos Congreso de la República**

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 29962 de 1 de junio de 1959.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 32682 de 12 de diciembre de 1968.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 33780 de 5 de febrero de 1973.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 36133 bis del 20 de noviembre de 1982.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 37737 de 17 de diciembre de 1986.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 39116 del 22 de diciembre de 1989.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 39.360 de 16 de mayo de 1990.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 39640 de 22 de enero de 1991.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 41640 de 20 de diciembre de 1994.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 42171 de 29 de diciembre de 1995.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 43201 del 26 de diciembre de 1997

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial No 43.665 de 13 de agosto de 1999.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 43858 de 18 de enero 2000.

Congreso de República de Colombia, Diario oficial 44073 de 7 de julio de 2000.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 44632 de 1 de diciembre de 2001.

Congreso de República de Colombia, Diario oficial 44699 de 13 de febrero de 2002.

Congreso de República de Colombia, Diario oficial 44826 de 7 de junio de 2002.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 45043 del 23 de diciembre de 2002

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 45658 de 1 septiembre de 2004.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 45146 de 2 de abril de 2003.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 47804 de 17 de agosto de 2010.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 48096 de 10 de junio de 2011.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 48633 de 3 de diciembre de 2012.

Congreso de República de Colombia, Diario Oficial 49016 de 27 de diciembre de 2013.

Congreso de República de Colombia, Diario oficial 49186 de 18 de junio de 2014.

## **Documentos Fiscalía General de la Nación**

Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 de octubre 4 de 2012 “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”.

Fiscalía General de la Nación. *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la paz*. Bogotá D.C., 10 de enero de 2012. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf>

Fiscalía General de la Nación, *La priorización: Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá D.C. 2013.

Fiscalía General de la Nación. plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de fiscalías para la justicia y la paz. 2013. Consultar en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf>.

Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-realiza-segunda-entrega-de-informes-a-la-jurisdiccion-especial-de-paz/>

## **Documentos ONU**

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados.

Comisión de Derechos Humanos de la ONU. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005. Principios 1 a 5.

Comisión de Derechos Humanos de la ONU. *Informe Final revisado acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos)*. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1. Actualizados el 2005 en COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1

Comisión de Derechos Humanos de la ONU. *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006, complementado en los temas de archivos y protección a testigos CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de la*



*Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009. El derecho a la Verdad.

Comisión de Derechos Humanos de la ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Informe Final Relator Especial. Doc. E/CN.4/2000/62/.

Comisión de Derecho Internacional. “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados”, aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.528/Add. 2, de 16 de julio de 1996.

Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Documento S/2004/619 de 3 de agosto de 2004

DECISIÓN 2009/1004/PESC del Consejo de 22 de diciembre de 2009 por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. DOUE L 346/58 de 23 de diciembre de 2009.

Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, doc. E/CN.4/2003/13 de 24 de febrero, par. 33.

Informe de Colombia al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para el Examen Periódico Universal de 2008, doc. A/HRC/WG.6/3/COL/1 de 19 de septiembre de 2008.

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe anual sobre la situación de derechos humanos en Colombia. 2014. A/HRC/28/3/Add.3. Disponible en: [https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/A\\_HRC\\_28\\_3\\_\\_Add\\_3\\_SPA.pdf](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/A_HRC_28_3__Add_3_SPA.pdf)

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Iniciativa de persecución penal. En *Judicialización de crímenes de sistema*, Michael Reed Hurtado (Ed.), Bogotá D.C.: Ed. Centro Internacional de Justicia Transicional, 2008.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Progress and obstacles in the fight against impunity for sexual violence in the Democratic Republic of the Congo*, 2014.

ONU. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012.

ONU. *Informe del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, 27 de agosto de 2014. Doc. A/HRC/27/56.

ONU. *Informe del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, 27 de agosto de 2014. Doc. A/HRC/27/56.

Resolución A/RES/40/34 *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, aprobada el 29 de noviembre de 1985.

Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992 adoptada por la Asamblea General de la ONU.

Resolución 1315 (2000) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 14 de agosto de 2000 Doc. S/RES/1315 (2000)

Resolución 1503 (2003) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 28 de agosto de 2003, Doc. S/RES/1504 (2003).

Resolución 1534 (2004) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 26 de marzo de 2004 Doc. S/RES/1534 (2004).

Resolución A/RES/60/147, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobada el 21 de marzo de 2006.

Resolución 68/165 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, sobre el derecho a la verdad

UN, doc. A/CONF/183/INF/10 de 13 de julio de 1998. *Information conveyed by New Zealand. International Committee of the Red Cross: Statement of 8 July relating to the Bureau discussion paper (A/CONF.183/C.1/L.53)*.

## Documentos Comisión IDH

Comisión IDH. *Caso La Tablada* – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 – Juan Carlos Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

Comisión IDH, *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 diciembre 2004

Comisión IDH. *Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al proceso de desmovilización de las AUC en Colombia, Compendio de documentos publicados (2004-2007)*, OEA/ Ser.L/V/II. CIDH/INF. 2/07.

Comisión IDH. *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y alcance de la ley de Justicia y Paz en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.125, 1 de agosto de 2006.

Comisión IDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006*, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4, rev. 1, 3 marzo 2007, Capítulo IV. Colombia.

Comisión IDH. *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 3, de 2 de octubre de 2007.

Comisión IDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007*, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, Capítulo IV. Colombia.

Comisión IDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008*, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, Capítulo IV. Colombia.

Comisión IDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, Capítulo IV. Colombia.

Comisión IDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 5 corr. 1, 7 marzo 2011, Capítulo IV. Colombia.

Comisión IDH en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 69, 30 diciembre 2011, Capítulo IV. Colombia.

Comisión IDH. *Informe Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13 de 31 diciembre 2013.

Comisión IDH. *Informe anual 2017, Capítulo V: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 210 de 31 diciembre 2017.

Comisión IDH. *Informe anual 2018, Capítulo V: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. de 31 diciembre 2018.

Comisión IDH. *Pronunciamiento de la comisión interamericana de derechos humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la República de Colombia*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06esp.htm>.

### Otros Documentos

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. Bogotá D.C.

Caso US c. Brandt et al., *Trials of Criminal War* (TWC), vol. II, pp. 171-300.

Caso US c. Krauch et al., *Trials of Criminal War* (TWC), vol. VIII, pp. 1081-1210.

Caso US c. Pohl et al., *Trials of Criminal War* (TWC), vol. V, pp. 958-1163.

Caso US c. Von Leeb et al. *Trials of Criminal War* (TWC), vol. XI, pp. 462-697.

Caso US c. Von List et al, *Trials of Criminal War* (TWC), vol. XI.

CEJ, *Lecciones aprendidas de justicia y paz para el proceso transicional con las FARC-EP*, Bogotá D.C.: CEJ, junio de 2018. Disponible en <https://jepvisible.com/images/infograf/02062018-jyp-jep.pdf>

CITPAX COLOMBIA. *La Reparación Integral de las Víctimas en 2011, V Informe*, 2012.

Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Volumen IV, p. 43. Ver igualmente *Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 48° periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento de las Naciones Unidas A/51/10, suplemento 10.

Comisión de Verdad y Justicia, Paraguay, *Informe final, Anive haguã oiko*, Asunción: Comisión de Verdad y Justicia, 2008.

Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas, *Informe Nunca Más*, Buenos Aires: eudeba, 1984.

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe final de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991.

Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Penal Nacional. *Caso La Fiscalía c. Sendero Luminoso, Abimael Guzmán*. Sentencia de 13 de octubre de 2006, Exp. EA 560-03.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Plena Penal Transitoria. *Caso La Fiscalía c. Alberto Fujimori Fujimori*. Sentencia de 30 de diciembre de 2009, Exp. AV 19-1-2001.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Sentencia de 4 de febrero de 1946.

Declaración sobre la necesidad de una Convención general sobre crímenes contra la Humanidad de 12 de diciembre de 2010, promovida por el Whitney R. Harris World Law Institute, Washington University Law.

Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal De La Corte Penal Internacional Sobre La Jurisdicción Especial Para La Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia. 18 de octubre de 2017. Referencia: RPZ- 0000001 y RPZ-003.

ICJ, *Caso Croacia c. Serbia*, sentencia de 3 de febrero de 2015. Aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Informe de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre Sanciones de la Conferencia de Paz de 1919-1920, de 25 de marzo de 1919, en *La documentation internationale, La paix de Versailles*, Vol. III, París, 1930.

Procuraduría General de la Nación. Guía de la Participación Ciudadana. Enlace Web: [https://www.procuraduria.gov.co/html/sitio\\_guia/docs/Cartilla\\_Guia\\_participacion.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/html/sitio_guia/docs/Cartilla_Guia_participacion.pdf). Consultado el 30 de abril de 2019.

Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados. Parte 1, artículo 19. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980, Vol. II (segunda parte)

*Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional ICC-ASP/1/3*, de 3 a 10 de septiembre de 2002.

Tokyo Trial, Official Transcript, 4 November 1948, pp. 48, 445.

Tribunal General del Gobierno Militar de la zona francesa de ocupación en Alemania, Sentencia de 1946, *Caso Herman Roechling et consorts (Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 14, 1950, p. 1097; en *Trials of War Criminals, London, 30 junio 1948, Vol. XIV*, anexo b.

Tribunal Militar de Wuppertal (Reino Unido), Sentencia del 18 de febrero de 1946.

Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Núremberg, Sentencia de 3 de noviembre de 1947.

Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Núremberg, Sentencia de 28 de octubre de 1948 (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 11, 1950).

Tribunal Oral en lo Criminal 1 La Plata Federal. *La Fiscalía c. Miguel Osvaldo Etchecolatz*. Sentencia de primera instancia de 19 de septiembre de 2006.

Unión Europea DECISIÓN 2009/1004/PESC del Consejo de 22 de diciembre de 2009 por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. DOUE L 346/58 de 23 de diciembre de 2009.

United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Volume VIII, 34-92 (United Nations War Crimes Commission, London, 1949).

United States c. von Weizsaecker (Ministries case), (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 14, 1950).

USA. *Trial of General Tomoyuki Yamashita*.